Begriff und Anwendungsfälle der verbrauchbaren Sachen im bürgerlichen Gesetzbuch

unter besonderer Berücksichtigung des Absatzes 2 § 92.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Königl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur Erlangung der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Willy Bayer

aus

Cöln a. Rhein.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Würzburg.
Buchdruckerei Franz Staudenraus
1915.

Referent:
Professor Dr. A. Mendelssohn Bartholdy.

Dem Andenken meines unvergesslichen
Vaters und meiner lieben Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549815_0186

Inhalts-Verzeichnis.

Seite.

A. Begriff und Anwendungsfälle der verbrauchbaren Sachen in der Rechtsgeschichte.

Die rechtliche Bedeutung des Begriffes überhaupt.

§ 1. a) Im römischen Recht. 1

1. Begriff.

Die verschiedenen Bezeichnungen für verbrauchbare Sachen in den Quellen, insbesondere die res quae usu consumuntur, die res quae usu minuuntur, die lana und pecunia numerata als res consumptibiles.

Die res quae usu consumuntur vel minuuntur im Gegensatz zu den res quae pondere numero mensurave consistunt.

2. Anwendungsfälle.

§ 2. b) Im gemeinen Recht. 6

1. Begriff.

Identifizierung der res quae cons. vel min. und der res quae pond. num. mens. constant. Die abnutzbaren Sachen, insbesondere die Eigenschaft der Kleider. Das Geld als verbrauchbare Sache und die Erweiterung dieser Art der Verbrauchbarkeit.

2. Anwendungsfälle.

§ 3. c) Im deutschen Privatrecht. 7

d) In den um die Wende des 18. Jahrhunderts entstandenen Gesetzbüchern.

§ 4. 1. Im preussischen allgemeinen Landrecht. 9

§ 5. 2. Im Rechte des code civil. 11

§ 6. 3. Im österreichisch-bürgerlichen Recht. 15

§ 7. 4. Im sächsisch-bürgerlichen Recht. 17

B. Begriff und Anwendungsfälle der verbrauchbaren Sachen im deutschen bürgerlichen Recht. 21

1. Begriff.

Scharfe Scheidung der Begriffe Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit — Entstehung des § 92.

§ 8. 1 a) Die absolute Verbrauchbarkeit im engeren Sinne: . . 24
Sachen, deren bestimmungsmässiger Gebrauch im Verbrauch besteht.
Objektivität des Begriffs — der Begriff der Abnutzbarkeit — Sachen, die ohne Umwandlung oder wesentliche Veränderung ihrer Substanz ihrer Bestimmung gemäss nicht gebraucht werden können.

§ 9. 1 b) Im weiteren Sinne: 33
Sachen, deren bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung besteht.
Der objektive Charakter des Begriffs — Gegenstände der Verbrauchbarkeit im weiteren Sinne — der Zeitpunkt des Verbrauchs.

§ 10. 2. Die relative Verbrauchbarkeit: 44
Sachen, die zu einem Inbegriff gehören, dessen bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung besteht.
Subjektiver Ursprung, trotzdem objektive Merkmale.

§ 11. 3. Die Theorie von Petracyki 52

II. Anwendungsfälle.

Die verbrauchbaren Sachen als Gegenstand der Rechtsinstitute, die für bewegliche Sachen ohne Unterschied gelten.

§ 12. 1. Des Zubehörs. 54
§ 13. 2. Des Eigentumsvorbehalts. 59
§ 14. 3. Von Miete und Leihe. 62
§ 15. 4. Des Pfandrechts. 64

Ausdrücklich geregelte Anwendungsfälle.

§ 16. 5. Hinterlegung verbrauchbarer Sachen, deren Verbrauch dem Verwahrer gestattet ist. 66
§ 17. 5. Einbringen verbrauchbarer Sachen in eine Gesellschaft. 69
§ 18. 7. Verbrauchbare Sachen im Niessbrauchsrecht. 70
a) Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen.
b) Niessbrauch an Forderungen auf Leistung verbrauchbarer Sachen.
c) Verbr. Sachen beim Niessbrauch an einem Vermögen.

§ 19. 8. Die Nutzniessung des Ehemannes an den zum eingebr. Gut gehörenden verbrauchbaren Sachen beim gesetzlichen Güterstande. 80
a) Verfügungs- und Verbrauchsrecht des Mannes.
b) Das Verfügungsrecht an einem zum eingebr. Gut gehörenden Erwerbsgeschäfte.

§ 20. 9. Das Verfügungs- und Verbrauchsrecht des Mannes in Ansehung der zum eingebrachten Gut der Frau gehörenden verbr. S. bei der Errungenschaftsgemeinschaft — Vermutung wegen nicht mehr vorh. verbr. S. 95
§ 21. 10. Die Nutzniessung des Vaters an verbrauchbaren Sachen des Kindesvermögens. 96
§ 22. 11. Die Verfügungsbefugnis des Pächters oder Niessbrauchers eines landwirtschaftlichen Grundstücks, wenn mit ihm das Inventar zur Wirtschaftsführung überlassen worden ist. 98
§ 23. 12. Verbrauchbare Sachen im Mündelvermögen. . . . 100
§ 24. 13. Verbrauch von Erbschaftsgegenständen durch den Erbschaftsbesitzer. 101
§ 25. 14. Durch den Vorerben. 104
§ 26. 15. Durch den Erbschaftsverkäufer. 105
§ 27. 16. Wertberechnung der verschenkten verbrauchbaren Sachen zur Ergänzung des Pflichtteils. 106

C. Schluss.

Die Bedeutung der verbr. S. im öffentlichen Recht. 108

Quellen-Nachweis.

Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten von 1794,
Allgemeines österreichisches Bürgerl. Gesetzb. von 1811.
Allgemeines sächs. Bürgerl. Gesetzb. von 1863.
Arndts, Lehrbuch der Pandekten, Band 1, 1873.
von Amira, Grundriss des german. Rechts 1901.
Adamkiewicz, Begriff und Bedeutung der verbrauchbaren Sachen. Diss. Leipzig 1911.
Bekker, System des heutigen Privatrechts. Band 1, 1886.
Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts. Band 1 und 2, 1853.
Buhl, Das Recht der beweglichen Sache nach dem B. G. B. 1901.
Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch. Diss. 1904.
Bucher, Recht der Forderungen.
Code Napoléon.
Comte, Der Erwerb des Eigentums an Geldstücken durch Vermengung. Diss. 1907.
Cosack, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 1903.
Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts. 1900.
Dernburg, Pandekten 1902.
— Das bürgerliche Recht. 1904.
— Lehrbuch des preuss. Privatrechts. 1884.
— Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Deutschen Reiches. 1904.
Eck, Vorträge über das Recht des bürgerl. Gesetzb., herausgegeben von R. Leonhard 1903.
Elvers, Die römische Servitutenlehre 1856.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 1908.
Fischer-Henle, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches mit Erläuterungen. 1906.
Förster-Eccius, Lehrbuch des preuss. Privatrecht. 1896.
Gierke, Deutsches Privatrecht. 1895.
Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld. Band IX, 1808.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Band 1868.
Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht. 1838.
Hanausek, Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch. 1879.

Held, Die Lehre vom „Usus fructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur." 1848.
Hohenemser, Die Consumtion des Geldes durch Vermischung und Verausgabung. 1892.
Hartmann, Über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden. 1868.
Hoffmann, Die verbrauchbaren Sachen im deutschen bürgerl. Gesetzbuch. Diss. Marburg 1910.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B. 1900.
Hachenburg, Das bürgerl. Gesetzbuch für das deutsche Reich. Vorträge.
von Ihering, Gesammelte Aufsätze. Band II, 1882.
Keller, Pandekten. 1867.
Koch, Kommentar zum Landrecht.
Kuhlenbeck, Das B. G. B. 1903.
Leonhard, Der allgemeine Teil des B. G. B. in seinem Einfluss auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft. 1900.
Mathias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Madai, Beiträge zur Dogmengeschichte des gemeinen Zivilrechts. 1839.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe.
Mugdan, Materialien.
Neumann, Jahrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Oertmann, Kommentar zum B. G. B.
Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit. 1857, 1859.
Planck, Kommentar zum B. G. B.
Puchta, Kursus der Institution. 1893.
Regelsberger, Pandekten 1893.
von Petracyki, Lehre vom Einkommen. Band II, 1895.
von Roth, System des Deutschen Privatrechts. 1880.
Roguin, des choses fingibles et des choses de consommation. Recueil inaujural de l'Université de Lausanne. 1892.
von Savigny, Obligationenrecht. 1851. 1853.
Salkowsky, Lehrbuch der Institution. 1907.
Staudinger, Kommentar zum B. G. B.
Thibaut, System des Pandektenrechts.
Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts.
Unger, System des österreich. allgemeinen Privatrechts, 1876.
Windscheit-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts.
von Wächter, Pandekten. 1880.
— Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Pivatrechts. 1842.

A.

Begriff und Anwendungsfälle der verbrauchbaren Sachen in der Rechtsgeschichte.

§ 1. a) Im römischen Recht.

Die rechtliche Bedeutung des Begriffes der verbrauchbaren Sachen erhellt ohne weiteres aus der Tatsache, dass gewisse Rechtsverhältnisse verbrauchbare Sachen als Gegenstand voraussetzen oder Modifikationen erleiden, wenn verbrauchbare Sachen in Frage stehen. Das trifft in erster Linie für diejenigen Rechtsverhältnisse zu, die den Inhalt haben, dass die Sache zu nutzen einem anderen als dem Eigentümer zusteht. Es braucht hierbei nur an die Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks, wenn mit ihm bewegliche Sachen dem Pächter zur Wirtschaftsführung überlassen worden sind, oder an den Missbrauch oder die familienrechtliche Nutzniessung erinnert zu werden. Der Begriff der Verbrauchbarkeit ist also wegen seiner praktischen Wichtigkeit von Bedeutung. Aus dem Umstande, dass dieser Begriff nicht in allen seinen Anwendungsfällen einer genauen gesetzlichen Regelung unterworfen worden ist, und daher seine Anwendung für einige später noch genau zu erörternde Fälle recht streitig sein kann, ergibt sich die Notwendigkeit einer Behandlung seiner geschichtlichen Entwickelung, welche den übrigen Untersuchungen als erster Hauptteil vorangestellt werden soll.

Der Begriff der Verbrauchbarkeit ist ein dem römischen Recht entlehnter Begriff. Die in dem corpus juris civilis befindlichen Ausdrücke zur Bezeichnung der verbrauch-

baren Sachen lauten verschieden[1]). Doch sind sie unbedenklich als dem „ipso usu consumi", welcher Ausdruck das Wesen der juristischen Verbrauchbarkeit am deutlichsten widergibt, synonym anzusehen. Ispo usu consumere bedeutet nämlich eine Sache derart verwenden, dass sie durch den Gebrauch, der sich dem Wesen der Sache entsprechend nicht anders als in einem körperlichen Aufbrauchen äussern kann, in ihrer Substanz vernichtet wird[2]).

Wenn also der Verbrauch einer Sache die Folge ihres objektiv bestimmungsmässigen Gebrauchs ist, so wird sie nach römischer Rechtsanschauung als verbrauchbar bezeichnet. Quo numero sunt vinum, oleum, frumentum vestimenta, pecunia numerata (I. 2, 4 § 2) lana, odores, aromata (D. 7, 5 lex 11).

An verschiedenen Quellenstellen ist dem usu consumuntur der Zusatz „vel minuuntur" hinzugefügt. Dieser Ausdruck ist nach der herrschenden und meines Erachtens einzig richtigen Auffassung dahin auszulegen, dass darunter eine durch den Gebrauch herbeigeführte quantitative Verringerung der Substanz, nicht etwa ein „Verschlechtern" oder „Abnutzen" zu verstehen ist[3]).

---

[1]) So ist in § 2 I. 2, 4 die Rede von „res quae ipso usu consumuntur". Der 5. Titel im 7. Buche der Digesten behandelt den „usum fractum earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur; in lex 1 heisst es „res quae usu tolluntur vel minuuntur; in lex 5 § 1 desselben Titels „res quae in ab usu consistunt", in lex 2 „res quae in ab usu", „quae in absunptione sunt", in lex 7 endlich „res quae usu continentur".

[2]) Vergl. hierzu Leonhard Art. consumere.

[3]) So Glück, Band 9 S. 403: „Während das usu tolluntur auf die Consumtion selbst geht, bezieht sich das usu minuuntur auf die Verminderung der Quantität" — Ihering S. 405: „wenn zu dem consumuntur noch der Zusatz „vel minuuntur" hinzugefügt wird, so ist dabei nicht an die Abnutzung zu denken, sondern an Quantitäten verbrauchbarer Sachen" — Büldt S. 13, Hanausek S. 16 ff., Madai Bd. 5 S. 157, Adamkiewicz S. 3, Hoffmann S. 10 u. 11 anderer Auffassung Becker S. 303. Windscheit, Quaritsch (Compendium des röm. Privatrechts und Zivilprozesses § 56 S. 109).

Während der Verbrauch im allgemeinen äusserlich auch für jeden unbeteiligten Dritten sinnlich wahrnehmbar in die Erscheinung tritt, entweder durch die Vernichtung oder bei der Wolle durch Verarbeitung, vollzieht sich der Verbrauch des Geldes nicht durch einen solchen natürlichen Vorgang. Denn die Geldstücke werden durch das Ausgeben, worin doch ihr bestimmungsmässiger Gebrauch in erster Linie zu erblicken ist, niemals physisch aufgezehrt oder erleiden auch nur eine sichtbare Verminderung ihrer Substanz; sie gehören vielmehr „zu den dauerhaftesten unzählige Male dem Gebrauch unterliegenden Sachen[1])". Gleichwohl ist das Geld unter Umständen ebenso wie etwa verzehrte Lebensmittel als Bestandteil eines Vermögens vernichtet, dann nämlich, wenn durch das Ausgeben des Geldes jede fernere Rechtsverfolgung des früheren Eigentümers unmöglich geworden ist „jure comsumpti videntur numi quia vindicari non possunt[2]). Die Consumtion des Geldes tritt demnach in dem Zeitpunkte ein, wo der bisherige Eigentümer aufgehört hat, dinglich berechtigt zu sein und zwar ohne weitere Rücksicht darauf, ob für ihn unter den obwaltenden Umständen ein obligatorischer Anspruch auf Rückerstattung besteht. Das Geld gehört demnach nur in Beziehung auf das Eigentum zu den verbrauchbaren Sachen, weshalb Salkowsky und von Savigny[3]) es im Gegensatz zu den „natürlich" verbrauchbaren Sachen als „juristisch" verbrauchbare Sachen bezeichnen.

Hat also der Eigentümer oder ein sonst dazu Berechtigter Geld ausgegeben, um einem bestimmten rechtsgeschäftlichen Zweck damit zu verfolgen, so ist das Geld

[1]) Regelsberger S. 381.

[2]) Cuiacius, Observ. et emend., lex 13 Kap. 28. Vergl. ferner von Savigny § 42 S. 440, Hartmann S. 25, Pagenstecher, Dernburg, Goldschmidt, Donellus Kap. 4, 22, Becker Band 1, § 75, Niemeyer „der Eigentumserwerb am Gelde durch Vermischung", Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 42 S. 20—35, leugnen diese Sonderstellung des Geldes.

[3]) Salkowsky, Lehrbuch der Institutionen S. 209, von Savigny a. a. O. S. 440.

mit der Übergabe konsumiert. Wenn dagegen ein Nichteigentümer oder veräusserungsunfähiger Eigentümer Geld gegeben hat, etwa um eine Schuld zu zahlen, oder ein Darlehen zu gewähren, so macht nicht die Übergabe, sondern erst die nachfolgende Vermengung den Empfänger zum Eigentümer, wenn die Geldstücke durch die Vermengung ihre individuelle Erkennbarkeit verloren haben. Denn nach einer solchen Vermengung sind die Geldstücke für den früheren Eigentümer wirtschaftlich verschwunden[1]).

Von den res quae usu consumuntur unterschieden die Römer die „res quae pondere numero mensurave constant" als solche Sachen, „quae in genere suo funktionem recipiunt per salutionem magis quam species" das heisst, es gibt gewisse Sachen, die nicht als einzelne Stücke, sondern nur als Mengen aufzutreten pflegen; sie besitzen darum so wenig Individualität, und so viel Gattungscharakter, dass sie im rechtsgeschäftlichen Verkehr durch Summen gleicher Art, Güte und Menge ersetzt werden können. Tantundem eiusdem generis est idem. Die in § 1 lex 2 D. 12, 1 für Sachen dieser Art genannten Beispiele (pecunia numerata oleum vinum frumentum) sind die nämlichen, die auch für verbrauchbare Sachen aufgeführt sind. Darüber hinaus sind die res quae usu consumuntur vel minuuntur überhaupt gewöhnlich solche, quae in genere suo functionem recipiumt. Sie können aber auch als nicht vertretbare Sachen in Frage kommen,[2]) wie andererseits nicht verbrauchbare Sachen als vertretbare in Betracht kommen können.[3])

Gleichwohl war einer jeden dieser Sacharten eine vollkommen selbständige Bedeutung im Rechtsverkehr bei-

---

[1]) lex 78 D. 46, 3; vergl. hierzu die ausführlichen Erörterungen bei Hohenemser S. 5 ff. und Comte S. 26 ff.

[2]) Si legetur pecunia quae in arca est vel vinum quod in apthecis est (lex 30 § 6 D. 30, 1).

[3]) Wenn z. B. ein Pfand in genere vermacht ist (lex 1, 5 § 1 D. 7, 5).

gemessen. Wie beispielsweise ein Darlehen nur durch Hingabe von vertretbaren Sachen abgeschlossen werden konnte, so wurden auch an den Begriff der verbrauchbaren Sachen erhebliche rechtliche Folgen geknüpft. So konnten Gegenstand des uneigentlichen Niessbrauchs in der Regel nur verbrauchbare Sachen sein. War jemandem der Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen bestellt, so erwarb er nicht ein blosses dingliches Recht an diesen Sachen, ein jus in re aliena, sondern das Eigentum selbst, wogegen er sich durch Hingabe einer cautio verpflichten musste, dem Besteller nach Beendigung des Niessbrauchs die gleiche Quantität und Qualität der erhaltenen Consumtibilien oder ihren Wert zurückzuerstatten (lex 7 D. 7,5). Durch die hiermit dem Niessbraucher eingeräumte Befugnis, die Sachen zu verbrauchen, waren nun auch in Ansehung der verbrauchbaren Sachen dem äusseren Erfolge nach ein dem wirklichen Niessbrauch gleiches Nutzungsrecht gewährt. Beim Niessbrauch an einer Geldforderung erlangte der Berechtigte, wenn er von dem ihm kraft seiner Cessionarstellung zustehenden Einziehungsrechte Gebrauch machte, bezüglich der Substanz der Forderung die Stellung eines uneigentlichen Niessbrauchers. [1])

Hatte der Ehemann zur Substanz der „dos" gehörendes Geld oder andere verbrauchbare Sachen in seinem eigenen Nutzen verwendet, so musste er hierfür bei Herausgabe der Dos Ersatz leisten.

Bezüglich der in dem der Nutzniessung des Vaters unterliegenden Kindesvermögen befindlichen verbrauchbaren Sachen, trat kraft Gesetzes quasi usus fructus ein; der Vater wurde also Eigentümer mit der Verpflichtung zur Rückgewähr (lex 8, pr. C. 6, 61).

Die res quae usu consumuntur konnten ferner Gegenstand von solchen Rechtsverhältnissen, die wie die locatio

[1]) Ein quasi usus an verbrauchbaren Sachen ist nicht anerkannt. Ist z. B. ein usus pecuniae zugewendet, so wird das als Missbrauch aufgefasst (lex 10 § 1 D. 7, 5).

conductio und das comodatum auf blosse Benutzung einer fremdem Sache gehen, nur dann sein, wenn es sich um einen Gebrauch handelte, der nicht notwendig die körperliche Vernichtung der zur Benutzung überlassenen Sache zur Folge hatte.

„Non potest commodari id quod usu consumitur nisi forte ad pompam vel ostentationem, quis accipiat.[1])

In eine Societas eingebrachte verbrauchbare Sachen wurden gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter (Societas quoad sortem).[2])

Wurde jemandem Geld in Verwahrung gegeben, so konnte der Hinterleger dem Verwahrer gestatten, das Geld für sich zu verbrauchen.[3])

§ 2. b) Im gemeinen Recht.

Gegenüber dem römischen Recht weist das gemeine Pandektenrecht bezüglich des Begriffes der Verbrauchbarkeit keine wesentlichen Abweichungen auf.

Allein, während die Römer scharf zwischen verbrauchbaren und vertretbaren Sachen unterschieden hatten, wurden diese beiden Begriffe von den Schriftstellern der älteren gemeinrechtlichen Doktrin für ein und dasselbe gehalten.[4])

Allgemein wurden als Gegenstand des quasi usus fructus die vertretbaren Sachen bezeichnet. Selbst Keller,[5]) der ebenso wie Thibaut[6]) auf die Verschiedenheit der Begriffe hinweist, lässt den uneigentlichen Niessbrauch bei „verzehrlichen oder fungiblen“ Sachen eintreten. Erst die

[1]) lex 3 § 6, D. 13, 6, vergl. auch lex 4 desselben Titels und lex 18. § 1, D. 12, 1.

[2]) lex 58, Pr. und § 1 D. 17, 2.

[3]) lex 7, § 2, lex 29, § 1, lex 24 D. 16, 3; lex 24, § 2 D. 42, 5.

[4]) Donellus I, 10 Kapitel 4 § 11. Böcking Bd. 2, S, 255; Glück a. a. O. S. 387 f. Coceji, jus civ. contro v. ad. lib. 12 T. lex 14; Buchner § 97 S. 41; Schilling Bem. über d. röm. Rechtsgeschichte S. 58. Mühlenbruch Lehrb. d. Band. R. § 258 u. a. m.

[5]) Band I § 175, Th.

[6]) Band i. S. 197.

jüngeren gemeinrechtlichen Schriftsteller haben in richtiger Erkenntnis des wesentlichen Unterschiedes der beiden Begriffe die vertretbaren und verbrauchbaren Sachen wiederum von einander getrennt und auch im allgemeinen dem römischen Recht entsprechend zur Anwendung gebracht.

Erweitert wurde der Kreis der verbrauchbaren Sachen dadurch, dass ausser dem „vollkommenen Gelde" auch „alle diejenigen Sachen, welche durch den Verkehr tatsächlich in der ordentlichen Bestimmung anerkannt sind, nur durch ihren Tauschwert zu dienen", insbesondere die blossen Geldzeichen, wie z. B. Banknoten zu den verbrauchbaren Sachen gezählt wurden.[1])

Völlige Unklarheit herrschte vollends über die Eigenschaft der Sachen, „die durch den Gebrauch erst allmählich in einen Zustand versetzt werden, in welchem sie nicht mehr fähig sind, ihrer Bestimmung gemäss verwendet zu werden".[2]) Man denke nur an die berühmt gewordene Streitfrage über den Niessbrauch an Kleidern.[3]) Göschen, Keller[4]) und Windscheid wollten für diese Art Sachen eine besondere Gattung unter dem Namen „abnutzbare Sachen" bilden. Bekker, der im Gegensatz zu der vertretenen Ansicht die res quae usu minuuntur im Sinne von „abnutzbaren" Sachen auslegt, zählt sie zu den verbrauchbaren Sachen. Andere wiederum bringen sie in die Kategorie der unverbrauchbaren.

§ 3. c) Im deutschen Privatrecht.

Das deutsche Privatrecht hat es zu einem wahren Rechtssystem, wie es das römische Recht in seiner Aus-

[1]) Vergl. Hartmann S. 34; Goldschmidt. Handb. Bd. 1, S. 1124; Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 13, S. 168; Bekker, Geldpapiere im Jahrb. d. gem. Rechts I, 9, 12; Kuntze, Lehre v. d. Inhaberpapieren § 96, S. 103.

[2]) Windscheid a. a. O. S. 701.

[3]) Vergl. hierzu die ausführlichen Erläuterungen bei Glück, Band 9, S. 359 ff. und die dort angeführte Literatur.

[4]) Göschen, Vorlesungen über das Gemeine Zivilrecht, Bd. 1. S. 232; Keller Pand. § 175.

bildung aufweisst, nie gebracht. Die einzelnen partikularrechtlichen Quellen regeln die einzelnen Rechtsinstitute ohne jedoch die hierbei leitend gewesenen verbindenden Grundsätze klar zu legen. Es ist darum kaum zu ververwundern, dass sich eine Begriffsbestimmung für verbrauchbare Sachen nirgends vorfindet. Trotzdem meint von Roth[1]) könne man mit Bestimmtheit annehmen, dass auch dem deutschen Privatrecht der Begriff der Verbrauchbarkeit bekannt gewesen sei, und als verbrauchbar jedenfalls solche Sachen gegolten hätten, „deren Gebrauch nur mit der Zerstörung ihrer Substanz möglich ist".

Hinsichtlich der Rechtswirkung war jedoch diese Unterscheidung von verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen von untergeordneter Bedeutung. Daher übergehen auch die meisten Schriftsteller des deutschen Privatrechts diese Einteilung mit Stillschweigen. So sagt z. B. Stobbe[2]), ebenfalls die verbrauchbaren Sachen nicht erwähnt: „Es werden hier nur diejenigen Einteilungen von Sachen behandelt, welche für das Privatrecht von besonderem Interesse sind". Ebenso unterscheitet von Amira[3]) nur zwischen „fahrendem" und liegendem" Gut.

Ob auch das deutsche Privatrecht die allgemeinen Wertmesser zu den verbrauchbaren Sachen gezählt hat, erscheint zweifelhaft[4]). Das mittelalterliche Deutschland stand noch auf dem Standpunkt der Naturalwirtschaft. Viele bewegliche Sachen wurden als Tauschgegenstände gehandelt. Die wirtschaftliche Bedeutung der fahrenden Habe bestand vornehmlich darin, dass sie Tausch oder Zahlungsmittel und demnach zur Veräusserung bestimmt war. An sich stände also nichts im Wege, diese Vorläufer

---

[1]) von Roth, System d. deutschen Privatrechts Bd. 1, S. 428.

[2]) Stobbe, Handbuch d. deutschen Privatrechts, Bd. 1, S. 520, Anm. 1.

[3]) von Amira, Grundriss des germ. R. S. 124/125.

[4]) von Roth S. 428 verneint die Frage; dafür ist von Wächter, Württemb. Privatrecht, Bd. 2, § 37/38.

unseres Geldes zu den verbrauchbaren Sachen zu rechnen, aber bei dem bereits oben erwähnten Mangel an Rechtssystematik darf man fast mit Bestimmtheit annehmen, dass das Privatrecht den allgemeinen Wertmesser nicht zu den verbrauchbaren Sachen gerechnet hat, indem es den gemeinsamen Gesichtspunkt beim Verbrauch im eigentlichen wie im übertragenen Sinne übersah, nämlich die gleiche wirtschaftliche Folge beider Arten des Verbrauchs; das Entschwinden der verbrauchten Sachen aus dem Herrschaftsbereich des früheren Eigentümers.

d) In den um die Wende des 18. Jahunderts entstandenen Gesetzbüchern.

§ 4. 1. Im preussischen allgemeinen Landrecht.

Ähnlich wie in der römischen und gemeinrechtlichen Wissenschaft ist der Begriff der Verbrauchbarkeit auch in den grösseren Partikulargesetzen des 18. und 19. Jahrhunderts ausgebildet.

So bestimmt das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten, die älteste dieser Gesetzessammlungen in I, 2, § 120 „Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder gänzlichen Verlust den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren können, werden verbrauchbar genannt".

Diese Begriffsbestimmung bezeichnet abgesehen von den sich wegen ihrer physischen Beschaffenheit durch den Gebrauch aufbrauchenden auch solche Sachen als verbrauchbar, die ohne ihren „gänzlichen Verlust" den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren können. Hierbei war wohl in erster Linie an das Geld gedacht. Wenn auch die Römer schon das Geld und die gemeinrechtliche Doktrin ferner die geldgleichen Inhaberpapiere tätsächlich zu den verbrauchbaren Sachen zählten, so ist doch diese zweite Art der Verbrauchbarkeit hier erst begrifflich festgelegt und derart verallgemeinert worden, dass alle Sachen, die nur durch den gänzlichen Verlust dem Menschen

nutzbar werden können, den verbrauchbaren Sachen hinzugerechnet werden. Diese Verallgemeinerung ist deshalb von besonderer Wichtigkeit, weil dadurch das Verkehrsgeld, d. i. der im Verkehr anerkannte Wertmesser, dem Staatsgelde oder der Währung gleichgesetzt ist. Trotzdem ist behauptet worden, nur das Staatsgeld habe der Consumtion unterlegen. Allein das Gesetz selbst widerlegt diese Auffassung, denn in I, 14 § 84 hebt es neben dem Gelde die geldgleichen Papiere auch noch ausdrücklich als verbrauchbare Sachen hervor. Ferner weist Dernburg [1]) mit Recht auf den § 45 I 15 hin, wo ganz allgemein „von barem kursierendem Gelde“ die Rede ist.

Das preussische Landrecht hatte den Charakter der Verbrauchbarkeit des Geldes gegenüber dem römischen Rechte dadurch bedeutend erhöht, dass es in I 15 §§ 45 und 46 die Bestimmungen aufnahm: „Bares kursierendes Geld kann gegen einen redlichen Besitzer nicht zurückgefordert werden, wenn selbiges auch noch unvermischt und unversehrt in dem Beutel oder anderen Behältnissen, in dem es vorhin gewesen ist, gefunden werden sollte. Hat jedoch der gegenwärtige Besitzer des Geldes, welches unter obigen Umständen noch von allem anderen Gelde mit Gewissheit unterschieden werden kann, dasselbe unentgeltlich überkommen, so muss er es dem Eigentümer herausgeben.“ Das Geld ist also für den früheren Eigentümer schon dann verbraucht, wenn der Erwerber redlich und gegen Entgelt erworben hat, selbst wenn noch keine Vermengung erfolgt ist. So hatte auch das Landrecht die Notwendigkeit, den Eigentumserwerb am Gelde im Interesse des Verkehrs zu erleichtern, bereits erkannt und seine Umlaufsnatur in höherem Masse gewürdigt, als die Römer.

Auch das Landrecht hatte die vertretbaren und verbrauchbaren Sachen nicht scharf auseinander gehalten.

[1]) Dernburg, die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reichs. S. 430.

Jedenfalls ist der Begriff der vertretbaren Sachen an keiner Stelle erwähnt, oder zur Anwendung gebracht, was bei der kasuistischen, alles bis ins einzelne genau regelnden Manier des Landrechts schon auffallend erscheint. § 121 I, 2 deutet aber auch auf eine Gleichbehandlung beider Sacharten hin. Denn dort heisst es: „Werden verbrauchbare Sachen jemand zum Eigentum vergönnt, so geschieht die Wiedererstattung in Sachen gleicher Art und Güte.“ Diese Wirkung tritt aber, wie Koch[1]) richtig hervorhebt, auch bei fungiblen Sachen ein. Die in I, 14 § 83, 11 § 653, 21 § 173 gemachten Anwendungen des im § 120 definierten Begriffs zeigen vollends, dass die Begriffe Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit nicht nur nicht scharf auseinander gehalten, sondern sogar verwechselt wurden.

Der Streit darüber, ob die abnutzbaren Sachen zu den verbrauchbaren oder unverbrauchbaren Sachen gehören, war in das Landrecht übergegangen und dauerte hier in Theorie und Praxis fort.

Der Begriff der Verbrauchbarkeit ist hier zur Anwendung gebracht beim Darlehen (I, 11 § 653), beim Verwahrungsvertrage (I, 14 § 82—86, 118), beim uneigentlichen Niessbrauch (I, 21 § 173—175), bei der Nutzniessung des Ehemanns am eingebrachten Vermögen der Frau (I, I § 231 i. V. mit I, 2, § 173) und der Nutzniessung des Vaters am Kindesvermögen (II, 2 §§ 168, 169 i. V. mit I, 21, § 173).

Da die gleichen Anwendungsfälle des römischen Rechts mit im wesentlichen den gleichen Folgen hier wie in den späteren Modifikationen immer wiederkehren erübrigt es sich, näher darauf einzugehen.

§ 5. 2. Im Rechte des Code civil.

Der Code civil gibt in dem Titel „De la distinction des biens“ keine allgemeine Begriffsbestimmung für verbrauch-

[1]) Koch Kommentar zum allg. Landrecht f. d. pr. Staat, Bd. 1. S. 116.

bare Sachen. Er verwendet diesen Begriff aber unter anderem in Artikel 587, der vom usus fructus an solchen Sachen handelt „dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs. „Elles sont celles, sagt Roguin,[1]) qui ne survivent pas au premier usage que l'on en fait.“ Der Artikel 1874 lehrt, dass es zwei Arten von Leihe gibt: celui des choses, dont on ne peut user sans les détruire — s'appelle prêt à usage ou commodat; et celui des choses, qui se consomment par l'usage qu'on en fait — s'appelle prêt de consommation ou simplement prêt. Le prêt de consommation, heisst es dann in Artikel 1892, est un contrat par le quel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité.

Besonders werden in Artikel 589 als Gegenstand des eigentlichen Niessbrauchs auch solche Sachen erwähnt „qui sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage comme du linge, de meubles meublans.“ Im übrigen kommt aber diesem Begriff der abnutzbaren Sachen im französischen Rechte keine besondere rechtliche Bedeutung zu.

Auch hier wird, wie wir bei den Beispielen gesehen haben, das Geld als verbrauchbare Sache bezeichnet. Eine Consumtion tritt aber schon dann ein, wenn ein redlicher Dritter es erwirbt, es sei denn, dass es sich um gestohlene oder verlorene Geldstücke handelt. Artikel 1238 besagt nämlich:

> „Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner. — Néanmoins le paiement d'une somme en argent ou autre chose qui se consomme par l'usage ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par

[1]) Roguin, Des choses fongibles et des choses de consommation. Recueil inaugural de l'Université de Lausanne. 1892 Seite 50.

celui pui n'en était pas propriétaire ou qui n'etait pas capable de l'aliéner.

Artikel 2279 Absatz 2 lautet dann weiter:

Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compte du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve, sauf â celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.

Der Code enthält ebenfalls keine Bestimmung über vertretbare Sachen. In Artikel 1291 werden zwar choses fongibles" erwähnt. Doch sind diese offenbar den choses de consommations gleichgesetzt. So wird in dem oben erwähnten § 1892 als Gegenstand des Darlehens eine verbrauchbare Sache verlangt, ein Umstand, der in erster Linie bezeichnend ist für die Verschwommenheit der Begriffe: Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit.[1]) Auch die zeitgenössische Literatur weist die Verwechselung dieser Begriffe auf. So heisst es z. B. in der bei Glück[2]) zitierten Pandektenstelle „Il est évident que l'usufruit a l'égard des choses fongibles ne peut jamais être, qu'un simulacre une image d'usufruit, et que c'est avec raison que les jurisconsultes ont appelé ce droit quasiusufruit." Allerdings haben auch französische Schriftsteller, so insbesondere Durant[3]) vor dieser Verwechselung gewarnt, und auch Marcadé[4]) hat beide Begriffe richtig unterschieden.

„Il importe de mettre en lumière, qu'en aucun passage, sauf erreur, les juristes de l'Empire n'ont comparé les deux divisions", sagt Roguin sehr richtig. Trotz dieser Erkenntnis greift er schon bald nachher die herrschende Lehre von der Verschiedenheit der beiden Begriffe, Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit, an.

---

[1]) Vergl. auch Art. 1874/1878.
[2]) Glück Bd. 9, S. 412.
[3]) Durant IV, S. 127.
[4]) Marcadé zu Art. 536 II.

Er meint, der Begriff der Verbrauchkeit sei überhaupt zu verwerfen. Da es möglich sei, an verbrauchbaren Sachen einen eigentlichen und an unverbrauchbaren Sachen einen uneigentlichen Niessbrauch zu bestellen, also gewissermassen eine verbrauchbare Sache im gegebenen Falle als unverbrauchbare und eine unverbrauchbare als verbrauchbare zu behandeln, so sei dies ein Beweis dafür, dass es sich bei der Verbrauchbarkeit nicht um eine Eigenschaft handle, die sich von der physischen Natur der Sache ableite, sondern nur um eine juristische, dass also der Begriff der Verbrauchbarkeit einer Sache beigelegt sei, entweder durch den höchsten Willen des Gesetzes oder mangels dessen durch den der Partei. Bei allen Rechtsgeschäften komme es übrigens gar nicht darauf an, welchen Gebrauch tatsächlich der Betreffende von der Sache mache, sondern nur darauf, welcher Gebrauch ihm rechtlich gestattet sei. Diese rechtliche gestattete Verbrauchbarkeit gehe aber auf in dem Begriff der Vertretbarkeit. Die Verbrauchbarkeit spiele deshalb überhaupt keine wesentliche Rolle im Recht; immer sei nur die Vertretbarkeit oder Nichtvertretbarkeit einer Sache entscheidend. Der Begriff der Verbrauchbarkeit sei aus diesem Grunde aus Recht und Gesetz zu verbannen. Zu halten sei nur der Begriff der Vertretbarkeit, und dieser bestehe darin, dass nach dem Willen der Parteien eine Sache durch eine gleichartige ersetzt werde. Ein gutes Gesetz könne nur Praesumtionen der Vertretbarkeit aufstellen.

Man muss Roguin zugeben, dass allerdings die Verbrauchbarkeit keine natürliche Eigenschaft einer Sache ist, wie etwa die, dass ein Pferd vier Beine hat; sie ist vielmehr abhängig von der Auffassung des Verkehrs, der die alleinige Zweckbestimmung vieler Sachen darin erblickt, dass sie verbraucht oder veräussert werden und sie demgemäss auch zu nutzen pflegt. Der Zweck einer Sache verkörpert sich aber wieder in der Bestimmung, die ihr durch ihre natürliche Beschaffenheit zu teil wird. Er ist also durch

rein objektive Momente bedingt. Die unbestreitbare Tatsache, dass häufig eine Sache in ihrer natürlichen Beschaffenheit und damit auch in ihrer Zweckbestimmung durch menschliche Willkür geändert werden kann, ist hierfür belanglos. Wenn eine Sache einmal die bestimmte Beschaffenheit hat, so kann sie eben während der Dauer dieser Beschaffenheit nur diesen einen bestimmten Zweck verfolgen, und an dieser sachlichen Eigenschaft kann subjektiver Wille ohne Antastung ihres Wesens nichts ändern. Diesem somit objektiv genügend gekennzeichneten Begriff der Verbrauchbarkeit kommt im Recht auch eine durchaus selbständige Bedeutung zu. Er bewirkt ganz unabhängig von dem Begriffe der Vertretbarkeit, dass Rechte an derartigen Sachen eine andere Gestalt annehmen. So muss beispielsweise der Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen vollkommen seine juristische Natur ändern. Deshalb kann, wie Bürkel [1]) richtig sagt, kein Gesetz den Begriff der Verbrauchbarkeit entbehren.

Die Anwendungsfälle der verbrauchbaren Sachen finden sich in den Artikeln 587 (beim uneigentlichen Niessbrauch), 1529, 1532 (im ehelichen Güterrecht), in 1238 cit., 1851, (beim Gesellschaftsvertrage), 1878 (beim Leihkontrakt), in 384, 587, 601 (beim Niessbrauch des Vaters am Kindesvermögen).

§ 6. 3. Im österreichischen bürgerlichen Recht.

Nach dem österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch vom Jahre 1811 sind unter verbrauchbaren Sachen solche zu verstehen, deren ordentlicher ihrer Bestimmung entsprechender Gebrauch mit der Zerstörung ihrer Substanz verbunden ist. § 301 bestimmt nämlich: „Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren, heissen verbrauchbare; die von

[1]) Bürckel a. a. O. S. 13; Vgl. auch die Ausführung bei Windscheid a. a. O. S. 703 Anm. 6.

entgegengesetzter Beschaffenheit aber unverbrauchbare Sachen."

Bei dieser Begriffsbestimmung zeigt sich gegenüber den früheren Codifikationen insofern ein Rückschritt, als der Begriff der Verbrauchbarkeit nicht auf solche Sachen ausgedehnt ist, die nur durch Veräusserung nutzbringende Folgen herbeiführen. Selbst das Geld wird an keiner Stelle als verbrauchbare Sache erwähnt. Gleichwohl ist auch hier seiner Umlaufsnatur Rechnung getragen; denn, wie sich aus dem § 37 ergibt, tritt die Consumtion durch Vermengung auch dann ein, wenn der redliche Erwerber ohne Entgelt erworben hat.

Das österreichische Gesetz spricht ebenfalls nur von verbrauchbaren Sachen, ohne im Gegensatz dazu die vertretbaren zu erwähnen. Es stellt also offenbar auch diese Begriffe einander gleich. So wird jedenfalls eine verbrauchbare Sache als Gegenstand des Darlehens vorausgesetzt: „Wenn jemand verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben werden, dass er zwar willkürlich darüber verfügen könne, aber in gewisser Zeit eben so viel Geld von derselben Gattung und Güte zurückgeben soll, so entsteht ein Darlehnsvertrag." Unger[1]) der diese Identifizierung mit Recht für „ganz unrichtig" hält, entwickelt im übrigen selbst eine eigenartige Ansicht. Er behauptet nämlich, die natürliche Eigenschaft der Verbrauchbarkeit sei im Rechte nur insoweit von Interesse, als sie die Grundlage der juristischen Eigenschaft der Sache, nämlich der Vertretbarkeit sei. Deshalb meinte er, sei man berechtigt, überall dort, wo das Gesetzbuch von Verbrauchbarkeit spricht, darunter „die juristische Qualität" der Vertretbarkeit zu verstehen.

Der Begriff der Verbrauchbarkeit ist in den §§ 510, 570, 959, 971, 983, 984, 992, 1090, 1185 und 1227 in Verbindung mit 510 zur Anwendung gebracht.

---

[1]) Unger System des österreich. allgemeinen Privatrechts S. 401.

§ 7. 4. Im sächsischen bürgerlichen Recht.

Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1863 hat sich von dem sämtlichen anderen Gesetzessammlungen seiner Zeit anhaftenden Mangel frei gehalten und scharf zwischen vertretbaren und verbrauchbaren Sachen unterschieden. Es hat damit in diesem Punkte wiederum das juristische Niveau erreicht, auf dem das römische Recht schon 2000 Jahre früher gestanden hatte.

Als vertretbar bezeichnet der § 61 solche Sachen, „welche, wenn sie Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sind, durch Sachen derselben Gattung geleistet werden können. In der Regel gehören dazu alle Sachen, die im Verkehr nach Mass, Zahl oder Gewicht bestimmt werden".

Dem gegenüber ist im § 623 von verbrauchbaren Sachen die Rede. Dort heisst es nämlich: „Bei einem Niessbrauch an Sachen, deren Nutzung darin besteht, dass sie verzehrt, verbraucht oder veräussert werden, insbesondere auch an einem Warenlager wird der Nissbraucher Eigentümer der Sachen, er darf sie verbrauchen und veräussern, trägt die Gefahr derselben und gewährt, sofern er sie nicht in eine bestimmte Summe angenommen hat, bei Erlöschung des Niessbrauchs nach seiner Wahl Sachen derselben Gattung und Güte oder den Wert, welchen sie zur Zeit der Entstehung des Niessbrauchs gehabt hat". Die Objektivität des Begriffes der Verbrauchbarkeit ist hier nicht so klar zum Ausdruck gebracht wie in den früheren Codifikationen, doch deuten die Worte „deren Nutzung darin besteht" darauf hin, dass es sich um solche Sachen handelt, welche abgesehen von einer willkürlichen Bestimmung der Beteiligten in ihrer natürlichen Beschaffenheit und allgemeinen Bestimmung zufolge verzehrt, verbraucht oder veräussert zu werden pflegen.

Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob an Begleidungsstücken ein verus oder quasi usu fructus stattfindet, und für welche Gattung des Niessbrauchs im Zweifel die Ver-

mutung streitet, ist analog dem französischen Rechte durch den § 624 dahin entschieden, „dass an Gegenständen der Bekleidung der Niessbrauch nach den Vorschriften an nicht verbrauchbaren Sachen stattfindet, wenn nicht etwas Besonderes bestimmt ist".

In zweiter Linie werden nach dem Vorbilde des allgemeinen Landrechtes auch diejenigen Sachen zu den verbrauchbaren gezählt, deren Nutzung darin besteht, dass sie veräussert werden. Ein Bedürfnis, das Geld noch besonders als verbrauchbar hervorzuheben, lag demnach nicht vor. Denn das Geld ist zweifellos vornehmlich dazu bestimmt, durch Veräusserung benutzt zu werden. Was die Frage der Consumtion des Geldes anbelangt, so tritt eine solche für den bisherigen Eigentümer bereits mit der Übergabe ein, wenn der Erwerber das Geld im redlichen Glauben erhalten hat.

§ 296. Bei Metallgeld, Papiergeld in gleichen bei öffentlichen auf den Inhaber gestellten Wertpapieren, ausgenommen wenn letztere durch eine darauf gebrachte Bemerkung gültigerweise ausser Kurs gesetzt sind, findet die Eigentumsklage nur gegen denjenigen statt, welcher zur Zeit der Erwerbung dieser Gegenstände im unredlichen Glauben bestanden hat.

Hat aber ausnahmsweise der Empfänger z. B. wegen Mangels des guten Glaubens oder wegen Geschäftsunfähigkeit des Zahlenden das Eigentum nicht schon durch die Übergabe erworben, so tritt Consumtion durch Vermengung ein; denn durch den Schlusssatz des § 248[1]) ist der Grundsatz des gemeinen Rechtes beibehalten worden, nach dem in allen Fällen, in denen mit fremdem Gelde Zahlungen — dieses Wort im weitesten Sinne genommen, sodass darunter sowohl Erfüllung von Verbindlichkeiten als auch

[1]) § 248 Satz 2: Ist mit Geld eines Dritten gezahlt worden und hat der Empfänger dasselbe mit seinem vermischt, ohne das die Geldstücke des Dritten ausgesondert werden können, so wird der Empfänger Eigentümer des fremden Geldes.

Darlehen begriffen sind — geleistet werden, der Empfänger durch Vermengung desselben mit seinem eigenen Gelde Eigentum an den Fremden unter der Voraussetzung erwirbt, dass unterscheidende Zeichen, nach welchen jeder der verschiedenen Eigentümer die im zugehörigen Stücke zu erkennen vermag, nicht vorhanden sind.

Auch das Warenlager wird auffallenderweise in § 623, der ex profeso vom Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen handelt, genannt. Ist denn ein solcher Inbegriff eine selbstständige körperliche Sache? Es wäre dann allerdings das Warenlager als solches zur Veräusserung bestimmt und durchaus logisch, es als verbrauchbare Sache zu bezeichnen. Das sächsische Recht sieht aber, wie sich aus den §§ 62, und 63[1]) mit Sicherheit schliessen lässt, in einer Gesamtsache im allgemeinen kein einheitliches Rechtsobjekt mit einheitlichen rechtlichen Schicksalen, sondern nur eine unter einem gemeinsamen Namen zusammengefasste Vereinigung mehrerer selbständiger Sachen, deren jede ihre besondere Rechtsschicksale teilt. Wenn demnach hier von einer Gesamtsache die Rede ist, so sind darunter nur die einzelnen sie bildenden Gegenstände zu verstehen. Wie ist es aber möglich, dass die einzelnen Sachen eines Warenlagers, die unter Umständen aus härtestem Stoff gefertigt sein können, die also normaler Weise niemand zu den verbrauchbaren Sachen rechnet, wie z. B. Nägel oder Schlösser in einem Eisenwarengeschäft, zu den verbrauchbaren Sachen gerechnet werden? Welcher Widerspruch gegenüber der Objektivität des Verbrauchbarkeitsbegriffes. Allein dieser Widerspruch ist nur scheinbar. Es wird ja nicht gesagt,

[1]) § 62. Ein Inbegriff von Sachen, welche im Verkehr unter einer gemeinschaftlichen Bezeichnung begriffen und wie ein Ganzes behandelt werden, macht eine Gesamtsache aus. § 63. Die Vereinigung mehrerer beweglicher Sachen zu einer Gesamtsache bewirkt an sich keine Änderung der Rechte und Verbindlichkeiten, welche in Ansehung der einzelnen Stücke stattfanden. Wenn von einer Gesamtsache nur eine einzelne Sache übrig ist, so dauert das Recht, welches jemand an jener hatte, an dieser fort.

dass die zum Warenlager gehörenden Sachen verbrauchbar seien; es ist vielmehr anzunehmen, dass die Gesetzgeber dem hier vorliegenden Tatbestande ein bewusst unwahres Moment beigemischt haben, derart, dass sie die einzelnen Gegenstände des Warenlagers, das in der Regel nur durch Veräusserung nutzbringende Folgen herbeiführt, lediglich als verbrauchbare Sachen behandelt wissen wollten.

Das sächsische Recht verwertet den Begriff der Verbrauchbarkeit in den §§ 623 und 625 beim Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen und Forderungen, 1274—77 bei Hinterlegungsvertrag, 1655, 1688 in Verbindung mit 660, 623 beim ehemännischen Niessbrauch, in 1811 in Verbindung mit 660 und 623 beim Niessbrauch des Vaters am Kindesvermögen.

B.

Begriff und Anwendungsfälle der verbrauchbaren Sachen im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Begriff.

Der im römischen Recht aufgestellte und durch das gemeine Recht und die Partikulargesetze fortgebildete Begriff der Verbrauchbarkeit ist in unserem deutschen bürgerlichen Recht nach manchen Richtungen hin weiter ausgestaltet worden. Mit Rücksicht auf die grosse Unklarheit und Verworrenheit, an der dieser Begriff zur Zeit des ersten Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches infolge der einzelnen Partikulargesetze litt, war es kein Leichtes, den Begriff in einer dem modernen Recht entsprechenden Weise einheitlich zu regeln. Abgesehen von der Verwechselung der beiden Begriffe, Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit, war man sich gerade über den letzteren Begriff, seine Tragweite und seine Grenze durchaus im Unklaren. Trotzdem enthält das neue Gesetz eine genügend scharfe Unterscheidung des Verbrauchbarkeitsbegriffes von dem der Vertretbarkeit, was auch äusserlich dadurch erkennbar gemacht ist, dass jede der beiden Sacharten in einen besonderen Paragraphen verwiesen wurde.

Für vertretbar erklärt der § 91 solche „beweglichen Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen", bei denen also ein Stück der Gattung durch das andere vertreten werden kann. Von den verbrauchbaren Sachen handelt dagegen der § 92, der den Gegenstand der folgenden Erörterungen bilden wird.

Beide Eigenschaften treffen häufig zusammen. Vertretbar deckt sich aber keineswegs notwendig mit verbrauchbar. Es wird jedem ohne Weiteres einleuchten, dass nicht alle vertretbaren Sachen auch verbrauchbar sind. Nähnadeln, eiserne Nägel gehören zweifellos zu den vertretbaren Sachen, zu den verbrauchbaren wird sie dagegen kaum jemand rechnen. Richtig ist auch, dass in den meisten Fällen diejenigen Sachen, die verbrauchbar sind, zugleich zu den vertretbaren gehören. Jedoch gibt es auch wiederum eine Anzahl von Gegenständen, die zwar verbrauchbar, aber nicht vertretbar sind, so z. B. ein verbrauchbares chemisches Präparat unbekannter Mischung, das letzte Fass eines besonderen Weines. Ebenso sind die von der Hausfrau bereiteten Geburtstagstorten, ein mit besonderer Kunst, ein Unikum seiner Art, hergestellter Baumkuchen, oder seltene Antiquitäten, Gemälde, die ein Kunsthändler oder Antiquar feilhält, zwar verbrauchbar, aber nicht vertretbar. Endlich gibt es auch unverbrauchbare Sachen, die keine individuelle Bedeutung haben, sodass es auch unrichtig wäre, nur die verbrauchbaren Sachen als vertretbar zu bezeichnen. Somit stellen, wie Oertmann[1]) bezeichnend sagt, beide Begriffe „nicht konzentrische, sondern sich schneidende Kreise dar."

Wenn nun Sachen zugleich verbrauchbar und vertretbar sind — Äpfel, Eier, Getreide sind verbrauchbare Sachen und kommen zugleich auch für den Verkehr nach Mass, Zahl oder Gewicht in Betracht, so kommt doch jeder dieser Eigenschaften eine besondere Bedeutung zu. Die Vertretbarkeit ist eine wirtschaftliche, die Verbrauchbarkeit eine natürliche Eigenschaft der Sache. Erstere bezeichnete die Individualitätslosigkeit gewisser Sachen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, während letztere nur den bestimmungsmässigen Gebrauch gewisser Sachen angibt. Ein weiterer Unterschied zwischen beiden Begriffen ist der, dass die

[1]) Oertmann zu § 92.

Verbrauchbarkeit in erster Linie etwas Praktisches bedeutet und erst in zweiter Linie von juristischer Bedeutung ist, während die Vertretbarkeit nur im Rechtsverkehr beachtlich ist. Sehr richtig bemerkt darum von Savigny[1]): „Die Eigenschaften der Quantitäten und der verbrauchbaren Sachen sind an sich selbst ganz verschieden, obgleich sie in der Anwendung meist an denselben Sachen zusammentreffen.“ Namentlich auch der Umstand darf nicht irreführen, dass in einem bestimmten Falle durch Parteivereinbarung eine vertretbare Sache als verbrauchbare behandelt werden kann. Leiht jemand seinem Freunde ein Buch mit der Verpflichtung, ein gleiches Buch zurückzugeben, so kann der Entleiher allerdings damit verfahren, wie er will, er kann es verbrennen oder einstampfen lassen und so als verbrauchbare Sache behandeln, keineswegs aber wird durch dieses Verhalten des Entleihers das Buch zu einer verbrauchbaren Sache.

Nach dem Artikel 164 des bayerischen Entwurfes waren verbrauchbar jene „beweglichen Sachen, welche ohne Vernichtung, Umwandlung oder wesentliche Veränderung ihrer Substanz oder ohne ihre Entäusserung nicht ihrer Bestimmung gemäss gebraucht oder verwendet werden können.“ Auf diese Begriffsbestimmung, die besondere Rücksicht auf die durch den Gebrauch hervorgerufenen verschiedenen Folgen genommen hatte, wurde zu Gunsten einer knapperen Darstellungsweise verzichtet und daher unter Hinzufügung eines Absatzes 2 im § 780 des ersten Entwurfes bestimmt:

> Verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind diejenigen beweglichen Sachen, welche durch Verbrauch oder durch Veräusserung benutzt zu werden pflegen.
>
> Als verbrauchbare Sachen gelten auch diejenigen beweglichen Sachen, welche zu einem Sachinbegriff gehören, dessen bestimmungsmässige Nutzung in der Veräusserung der einzelnen Sachen besteht.

[1]) von Savigny a. a. O. S. 126 Nr. 6.

Weil nun die Sachen überall im Rechte von Bedeutung sind, so hat man in dem späteren Entwurfe die allgemeinen Bestimmungen über Sachen in einem besonderen Abschnitt des allgemeinen Teils zusammengestellt und den Inhalt des bisherigen § 780 in einem neuen § 92 untergebracht. Gleichzeitig wurde der der Begriffsbestimmung des ersten Entwurfes anhaftende Mangel, dass für die nach Absatz 1 als verbrauchbar bezeichneten Sachen das Erfordernis eines objektiv bestimmungsmässigen Gebrauchs nicht klar zum Ausdruck kam, behoben. In dem Absatz 2 hat man sich mit geringen redaktionellen Änderungen begnügt. So lautet denn der § 92 in seiner endgültigen Fassung:

„Verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind diejenigen beweglichen Sachen, deren bestimmungsmässiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräusserung besteht.

Als verbrauchbar gelten auch bewegliche Sachen, die zu einem Warenlager oder zu einem sonstigen Sachinbegriff gehören, dessen bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung der einzelnen Sachen besteht."

In unserem Gesetze befindet sich also keine Aufzählung verbrauchbarer Sachen, und es wird dadurch die Gefahr einer ähnlichen Streitfrage, wie sie im gemeinen Recht bezüglich der Vestimenta bestand, vermieden. Eine solche Aufzählung ist um so weniger möglich, als durch den Absatz 2 des § 92 das Gebiet der als verbrauchbar geltenden Sachen ins Ungemessene ausgedehnt worden ist, da jede an sich unverbrauchbare Sache, sowie sie in einem Warenlager oder einem ähnlichen Sachinbegriff enthalten ist, als verbrauchbar gelten kann.

§ 8. 1 a. Die absolute Verbrauchbarkeit im engeren Sinne.

Verbrauchbar sind zunächst solche Sachen, deren bestimmungsmässiger Gebrauch im Verbrauch besteht. Der

Verbrauch einer Sache muss also durch ihren „Gebrauch“ eintreten.

Der Gesichtspunkt, dass einzelne Sachen je nach ihrer Eigenart die in ihrer inneren Beschaffenheit[1]) oder in äusseren Einflüssen z. B. des Wetters[2], Lichtes usw. begründet ist, schneller oder langsamer, in höherem oder geringerem Grade der Gebrauchsmöglichkeit des die Sache augenblicklich Gebrauchenden entzogen werden können, muss demnach von vorneherein ausscheiden.

Nun bedeutet freilich das Wort „Gebrauch“ im weiteren Sinne genommen auch „Missbrauch“. Wenn also jemand ein Trinkglas mutwillig vom Tische stösst, sodass es zerschellt, so ist das Glas auch verbraucht. Es wären ja dann schliesslich alle Sachen verbrauchbar. Um eine solche für den Rechtsverkehr unerquickliche Weiterung des Begriffes zu vermeiden, fordert das Gesetz, dass die Substanzvernichtung durch den „bestimmungsmässigen“ Gebrauch der Sache eintritt. Hierin liegt darum, wie Kuhlenbeck[3]) richtig bemerkt, „der Schwerpunkt des Begriffes“. Es kommt nicht auf „die persönliche Laune des Eigentümers[4])“, sondern auf „die Art und Weise an, wie nach der bestehenden Sitte und Übung mit der Sache, bei deren Verwendung für das menschliche Bedürfnis verfahren wird, und dass für die übliche Verwendung die Natur und Beschaffenheit der Sache bestimmend ist, versteht sich von selbst[5])“. Es soll demnach die praktische Verwendbarkeit, die Gebrauchsmöglichkeit einer Sache für einen bestimmten Zweck, mit anderen Worten die Verwendung, um derentwillen nach der Auffassung des Verkehrs die Sache hergestellt oder in Benutzung genommen wird, grundlegend für den rechtlichen Begriff der Verbrauchbarkeit sein.

[1]) Z. B. Früchte, die dem Verderb ausgesetzt sind.

[2]) Getreide auf dem Halm, das der Unbill des Wetters ausgesetzt ist.

[3]) Kuhlenbeck Erläuterungen zu § 92.

[4]) Crome a. a. O. S. 297.

[5]) Motive, Band 3, S. 34.

Damit ist der Begriff der Verbrauchbarkeit auch in unserm Recht auf die für ihn notwendige, in allen anderen Rechtsystemen mehr oder weniger klar zum Ausdruck gebrachte objektive Grundlage gestellt. Es bleibt darum Obst trotzdem eine verbrauchbare Sache, auch wenn es einmal dazu verwendet wird, in einer Ausstellung als Schaustück zu dienen; denn es hört dadurch nicht auf zu sein, und kann immer noch seiner ihm von Natur aus innewohnenden Zweckbestimmung verwendet, nämlich gegessen werden. Andererseits werden Tische und Stühle, die ihr Eigentümer als Heizmaterial zu benutzen willens ist, nicht deshalb zu verbrauchbaren Sachen; denn sie werden in diesem Falle eben nicht ihrer Bestimmung gemäss benutzt. Natürlich können diese Gegenstände durch Verarbeitung zu Brennholz in verbrauchbare Sachen verwandelt werden. Auch die Schreibfeder erfüllt ihre Zweckbestimmung nicht, wenn sie bei einmaligem Gebrauch zerbricht, oder die Tinte, wenn sie umgegossen wird[1]).

Des weiteren ist für den Begriff der Verbrauchbarkeit erforderlich, dass eine Sache schon durch einen einzigen bestimmungsgemässen Gebrauchsakt zerstört, bezw. in ihrer Quantität verringert wird. Diese Voraussetzung ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetz. Aber es unterliegt kaum einem Zweifel, dass der Begriff der Verbrauchbarkeit für das praktische Leben und damit auch für die Rechtsverhältnisse, die in Ansehung der Überlassung der Sache zur Benutzung begründet werden, nur dann die nötige Bestimmtheit gewinnen kann, wenn nur solche Sachen zu den verbrauchbaren zählen, die durch einmaligen Gebrauch in ihrer bisherigen wirtschaftlichen Existenzform vernichtet werden. In diesem Sinne führt auch das Reichsgericht, Band 49, S. 304 ff aus: „Der Begriff der Dauer ist ein relativer; dies ändert aber nichts an der Begriffsverschiedenheit des Gebrauchs, welcher die Dauer in sich

[1]) Vergl. Müller-Meickel, das Bürg. Recht des deutschen R. 1904, S. 93.

schliesst, von dem Verbrauch, dem dieses Begriffsmerkmal fehlt[1])".

Meines Erachtens kann darum die Eigenschaft der Abnutzbarkeit nicht zur Begriffsbildung der Verbrauchbarkeit herangezogen werden; denn die Abnutzbarkeit ist nur „eine allmählich eintretende unerwünschte Nebenfolge, aber nicht die Voraussetzung des Gebrauchs"[2]). Selbst die Motive, die ebenfalls die res quae usu minuuntur als abnutzbare Sachen auslegen, halten eine Begriffsbestimmung der Abnutzbarkeit, wo sie der bayrische Entwurf in dem Absatz 2 des Artikels 164 enthielt, mit der Begründung für entbehrlich, es genüge, wenn das Gesetz sage, was unter verbrauchbaren Sachen zu verstehen sei; die Unterscheidung beider Kategorien ergebe sich dann von selbst. Die Gesetzgeber haben also absichtlich den offenbar als unpraktisch erkannten Begriff vermieden und Rechtswirkungen ebenso wie das römische Recht nur an die Unterscheidung von verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen geknüpft.

Tatsächlich wäre auch der Begriff der Abnutzbarkeit viel zu unbestimmt, um für juristische Schlussfolgerungen Verwendung finden zu können, denn abnutzbar sind ja schliesslich alle Sachen. Der Unterschied besteht nur darin, dass die Abnutzbarkeit bei der einen früher sichtbar wird wie bei der anderen. Eine eiserne Maschine, ein Messer, ein Schiff, Sachen, die doch unzweifelhaft zu den unverbrauchbaren Gegenständen gehören, werden ebenso unzweifelhaft mit der Zeit abgenutzt. Selbst der härteste Baustein verfällt dem Verwitterungsprozess und der Zahn der Zeit vermindert fortdauernd den Wert der Bauwerke aller Art. Auch die Literatur steht daher vorwiegend, man darf wohl sagen, fast ausschliesslich auf dem Standpunkt,

[1]) Siehe auch Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 1150: „Die deutsche Sprache scheidet die Ausdrücke Gebrauch und Verbrauch in dem Falle, dass unter dem letzten Ausdruck ein Gebrauch der mit der Zerstörung des Wesens der benutzten Sache verbunden ist, verstanden wird".

[2]) Motive Band 3, S. 34—35.

dass die Abnutzbarkeit nicht das Entscheidende für den Begriff der Verbrauchbarkeit sei. So sagt z. B. Kohler[1]): „Die Abnutzung ist nur eine bestimmungsgemässe, ja unbequeme Schattenseite der Verwendung, die man möglichst zu beseitigen sucht". Und Hölder[2]) kommt bei seinen Untersuchungen zu dem Ergebnis, „dass Verbrauchbarkeit ein wenig bezeichnender Ausdruck sei, da es für die Eigenschaft einer Sache als einer verbrauchbaren nicht ankomme auf die Möglichkeit einer sich bis zur Vernichtung steigernden Abnutzung, sondern darauf, dass der einzige Gebrauchsakt als solcher ein Akt des Verbrauchs, d. h. der gänzlichen oder teilweisen Zerstörung der Sache sei[3]).

Damit dürfte die viel erörterte gemeinrechtliche Streitfrage, wie Sachen zu behandeln sind, deren Substanz durch ihren regelrechten Gebrauch nicht unmittelbar vernichtet, sondern nur qualitativ beeinträchtigt wird, so Hausrat, Wäsche, Kleider, für unser Recht dahin zu entscheiden sein, dass solche Sachen nicht zu den verbrauchbaren gehören.

Cosack,[4]) einer der wenigen Vertreter der entgegengesetzten Auffassung, definiert das Verbrauchtwerden als

---

[1]) Kohler. a. a. O.

[2]) Höldner, Kommentar zum B. G. B. I, S. 92.

[3]) Derselben Ansicht ist auch Dernburg (Das B. G. B. Bd. 3, S. 15). Er sieht im übrigen ebenfalls in den res quae usu minuuntur abnutzbare Sachen, erblickt darum eine wichtige Einschränkung des Begriffes der verbrauchbaren Sachen gegenüber dem gemeinen Recht darin, dass die Gleichstellung derjenigen Gegenstände, welche sich zwar nicht unmittelbar durch den Gebrauch aufbrauchen aber durch den Gebrauch in sehr kurzer Zeit zu Grunde gehen, mit denjenigen Sachen, welche sich rasch abnutzen und wertlos werden, dem B. G. B. im Gegensatz zum gemeinen Recht fremd sei. Eck Bd. 1 S. 98, Fischer-Hehnle Anm. 2 zu § 92 betonen gleichfalls den Gegensatz von Verbrauch und blosser Abnutzung durch den Gebrauch. Letzterer fügt aber hinzu, die Grenze sei flüssig. Siehe ferner Männer (das Sachenrecht des B. G. B. S. 9 Anm. 18) Neumann Anm. zu § 92, Leonhard, der allgemeine Teil des B. G. B. S. 176.

[4]) Cosack Band 1. S. 135.

„zerstört oder doch schnell abgenutzt werden." Insbesondere unterscheidet er bezüglich der Kleider zwischen Arbeits- und Feierkleider. Die der ersteren Art rechnet er zu den verbrauchbaren Sachen, da sie schnell abgenutzt werden.[1]) Treffend erwidert ihm aber Staudinger,[2]) „auf die mehr oder minder hohe Abnutzbarkeit könne es, wenn überhaupt einmal Mehrheit von Verbrauchsakten nötig sei, nicht ankommen, da sonst die Grenzlinie unkenntlich würde."[3]) Crome[4]) bezeichnet hingegen alle Kleider ohne Unterschied als unverbrauchbare Sachen. Und im Grunde genommen muss man ihm recht geben; denn in der Regel werden Kleidungsstücke nicht schon durch einen bestimmungsmässigen Gebrauchsakt verbraucht und dass ist nach unserer Auffassung für die Frage ob verbrauchbar oder nicht verbrauchbar, allein massgebend. Wenn Hanausek[5]) allerdings den Papierkragen zu den verbrauchbaren Sachen zählt, so wird man dies als Ausnahme gelten lassen müssen. Die Ausnahme besteht aber nur dann, wenn der Kragen durch ein einmaliges Tragen bereits unfähig geworden ist, seiner Zweckbestimmung weiter zu dienen. Tritt diese Folge des Gebrauchs erst nach mehrmaligem Tragen ein, so ist sie, wie bei anderen Kleidungsstücken, eine unerwünschte Nebenfolge des Gebrauchs, nicht aber ihre wirtschaftliche Zweckbestimmung. Die Grenze zwischen verbrauchbar und unverbrauchbar ist also in der Tat insofern flüssig, als es Frage des Einzelfalles sein wird, ob eine Sache durch einen oder mehrere Gebrauchsakte verbraucht ist.

---

[1]) Hanausek zählt Ballroben zu den verbrauchbaren Sachen; er unterscheidet also auch verschiedene Arten von Kleidern.

[2]) Staudinger a. a. O. S. 293.

[3]) Kommentar d. R. G. R. Bd. 1 zu § 92 „der bestimmungsmässige Gebrauch besteht in dem Verbrauch z. B. bei Lebensmitteln und Brennstoffen, nicht aber bei Kleidungsstücken, auch wenn sie nur kurze Zeit benutzbar sind".

[4]) Crome a. a. O. S. 297.

[5]) Hanausek S. 14, Anm. 13.

Verbrauchbar in dem vorhin erörterten Sinne sind beispielsweise alle Nahrungs- und Genussmittel, Brennmaterial, Streichhölzer, elektrischer Strom, Leuchtgas usw. Denn all diese Sachen können nicht einmal bestimmungsgemäss gebraucht werden, ohne zugleich gänzlich oder teilweise zerstört zu sein. Sie vollziehen nach ihrer natürlichen Beschaffenheit und den allgemeinen Lebens- und Verkehrsgrundsätzen „ihre wirtschaftliche Funktion dadurch, dass sie ihre Substanz aufgeben und eben hierdurch nutzbringende Folgen herbeiführen.“ [1]) Wein, bestimmungsgemäss getrunken, ist aus dem Wirtschaftsleben verschwunden. Kohlen, einmal zweckentsprechend, nämlich als Heizmaterial verwendet, sind für die menschliche Wirtschaft vernichtet. Da in diesen Fällen die Vernichtung unabhängig von dem Willen des Eigentümers kraft Naturnotwendigkeit eintritt, kann man hier von einer absoluten Verbrauchbarkeit sprechen.

Nun muss allerdings zugegeben werden, dass bei einer Reihe von Gegenständen ihre wirtschaftliche Zweckbestimmung nicht deutlich hervortritt, andererseits auch durch Verkehrssitte und besondere Umstände in der verschiedensten Weise beeinflusst wird, je nachdem der Gebrauch der Sache für die Menschen am zweckmässigsten erscheint. Es ist darum sehr wohl möglich, dass dieselbe Sache im Verkehr mehrfache bestimmungsmässige Gebrauchsmöglichkeiten aufweist, von denen die eine zum Verbrauch führt, die andere nicht, z. B. eine aus Schokolade kunstvoll hergestellte Tiergruppe, Zuckerwerk, das als Christbaumschmuck dient. Auch erfüllt der Ochse, wenn er als Zugtier gebraucht wird, seine naturgemässe Zweckbestimmung nicht minder, als wenn er als Schlachttier gebraucht wird. Im allgemeinen aber wird man bei den meisten Sachen mühelos feststellen können, ob sie zu den verbrauchbaren oder unverbrauchbaren gehören. Es kommt darauf an, welchem Zweck eine Sache nach der allgemeinen Verkehrsübung vornehmlich zu dienen bestimmt ist, in letzter Linie

[1]) Kohler allgemeiner Teil S. 456.

darauf, welche der Gebrauchsmöglichkeiten jeweils in Frage steht.

Wenn oben von einer Vernichtung gewisser Sachen für die menschliche Wirtschaft die Rede ist, so ist das nicht misszuverstehen. Es handelt sich hier lediglich um die Festlegung des rechtlichen Begriffes der Verbrauchbarkeit und für diesen rechtlichen Begriff kommt nur eine Sache in ihrer augenblicklichen Erscheinungsform und die Gebrauchsmöglichkeit dieser Sache zu einem bestimmten Zweck in Frage. In den genannten Beispielen hat sich die ursprüngliche Erscheinungsform dadurch dass die Sachen ihrem Zwecke dienstbar gemacht wurden, geändert, d. h. die ursprünglich vorhandene Verbindung der Atome ist aufgehoben. Sie können darum von dem sie gebrauchenden nicht noch einmal zu dem gleichen Zweck gebraucht werden. Sie gelten für den Rechtsverkehr als vernichtet. Vom naturwissenschaftlich-philosophischen Standpunkte aus betrachtet liegt dagegen kein Verbrauch vor. Nach dem Gesetz von der Erhaltung der Kraft ist die Materie ewig. Die Nahrungsmittel werden in ihrer augenblicklichen Erscheinungsform zwar wirtschaftlich vernichtet, sie erzeugen aber im menschlichen Körper Wärme, die Wärme erscheint wiederum in anderer Form als Arbeitskraft oder Energie. Auch die Kohle wird durch Verbrennen in einen anderen Aggregatzustand, nämlich Gas, verwandelt; das Gas kann aufgefangen und wiederum als Koch- oder Leuchtgas Verwendung finden. Die Substanz geht also in Wirklichkeit nie verloren, sondern ändert nur ihre Erscheinungsform. Für den Rechtsbegriff handelt es sich hier aber schon um eine neue Sache und nur, wenn und insoweit der Mensch auch zu der neuen Sache in Beziehung tritt, und seine Herrschaft ausübt, hat diese Bedeutung für ihn und kommt als Rechtsobjekt in Frage. Die Unzerstörbarkeit der Materie ist also für das Recht gleichgültig.

Wenn Elvers[1]) Sachen wie weisse Glacéhandschuhe

[1]) Elvers a. a. O. S. 395.

zu den verbrauchbaren rechnet, so vermag ich diese Auffassung nicht zu teilen. Handschuhe dieser besonderen Art werden durch einen Gebrauchsakt möglicherweise in dem augenblicklichen Zustande, in dem sie sich nach einmaligem Tragen befinden, aber nicht überhaupt unfähig, ihrem Zweck entsprechend noch einmal benutzt zu werden. Leonhard[1]) will schliesslich auch solche Sachen zu den verbrauchbaren rechnen, deren Benutzung durch mehrere dem Anstandsgefühle widerspricht, wie z. B. Leibwäsche und Zahnbürsten. Meines Erachtens aber ist es unzutreffend, auch ästhetische Gründe zu der Bestimmung des juristisch-technischen Begriffes der Verbrauchbarkeit heranzuziehen. Ein Verbrauch in dem oben erörterten Sinne liegt aber bei den zuletzt genannten Gegenständen zweifellos nicht vor.

In sinngemässer Anwendung der Worte, „deren bestimmungsmässiger Gebrauch im Verbrauch besteht," muss man die Eigenschaft der Verbrauchbarkeit auch solchen Sachen zusprechen, die zwar durch den Gebrauch nicht überhaupt zu existieren aufhören, die aber nicht ihrer Bestimmung gemäss gebraucht oder verwendet werden können, ohne dass nachher ihre Unversehrtheit, ihr körperliches Wesen noch das gleiche ist wie früher und bei denen diese Wesensveränderung zugleich wirtschaftlich im Verkehrsleben einer völligen Vernichtung gleichkommt. So erfahren z. B. das Mehl, das von dem Bäcker zu Brot verbacken wird, oder der Kleiderstoff, aus dem das Kleid hergestellt wird, durch ihren einmaligen bestimmungsgemässen Gebrauch, nämlich durch ihre Bearbeitung, eine so wesentliche Veränderung ihrer Substanz oder eine solche Umwandlung, dass sie in ihrer ursprünglichen Existenzform vernichtet sind und wirtschaftlich nicht noch einmal zu dem gleichen Zweck benutzt werden können.

[1]) Leonhard a. a. O. S. 176.

§ 9. 1b. Die absolute Verbrauchbarkeit im weiteren Sinne.

Ausser den im vorigen Abschnitt erörterten Arten verbrauchbarer Sachen werden im § 92 Absatz 1 noch solche beweglichen Sachen als verbrauchbar bezeichnet, deren bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung besteht.

Mit dieser Bestimmung, durch die alle nur durch Veräusserung nutzbar werdenden Sachen dem nämlichen Prinzip unterstellt werden, hat auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch die Erweiterung des Begriffes der Verbrauchbarkeit, die schon das allgemeine Landrecht und das sächsische Recht aufwiesen, beibehalten. Wenn einmal, so führen die Motive mit Recht aus, der Begriff der Verbrauchbarkeit auf das Geld übertragen wird, so fehlt es an einem inneren Grunde, der es rechtfertigte, die Übertragung auf andere, gewöhnlich ebenfalls erst durch Veräusserung nutzbar werdende Sachen auszuschliessen.

Aber auch bei dieser Erweiterung des Begriffes zu einer „juristischen Verbrauchbarkeit“ ist der objektive Charakter gewahrt; denn auch hier ergibt sich die Veräusserung wiederum bestimmungsgemäss aus der Verkehrsauffassung. „Nicht ob die Sache im gegebenen Falle veräussert wird, ist entscheidend, sondern ob ihr bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung liegt[1])“. Und ob dies zutrifft, entscheidet wiederum die Verkehrssitte. Eine Taschenuhr z. B., deren Eigentümnr sie verkaufen möchte, wird darum nicht zu einer Sache, deren bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung besteht. Oder verwendet jemand z. B. Gegenstände, welche nicht verkehrsmässige Zahlungsmittel sind, zur Zahlung, so benutzt er sie als verbrauchbare Sachen, sie bleiben aber nach wie vor unverbrauchbar. Nur der allgemeine Verkehr kann Eigenschaften bestimmen, deren Rechtsfolgen für den ganzen Verkehr bedeutungsvoll sind.

[1]) Staudinger, Erläuterungen zu § 92.

Im wohlbegründeten Anschluss an das römische und gemeine Recht ist zu den verbrauchbaren Sachen im weiteren Sinne ausweislich der Motive in erster Linie das Währungsgeld zu rechnen. Zwar wird es weder im § 92 Absatz 1, noch an einer anderen Stelle des Gesetzes besonders als verbrauchbare Sache hervorgehoben. Aber wie Küntzel[1]) richtig bemerkt, „besteht der normale Gebrauch des Geldes in der Verwendung als Tauschmittel, und da diese Verwendung ein Veräusserungsakt ist, so fällt das Geld in erster Linie unter diesen Begriff[2])". Alte oder fremde Münzen, die nicht im Umtauschverkehr, sondern nur in Münzsammlungen oder als Schmuckgegenstände vorkommen, gehören natürlich nicht hierher. Selbstverständlich auch keine Münzen, welche nicht einmal Geld im weiteren Sinne sind, wie Medaillen, Rechenpfennige usw. Bei der Prüfung der Frage nun, welche anderen beweglichen Sachen ausser dem Währungsgelde als Gegenstände der Verbrauchbarkeit im weiteren Sinne in Betracht kommen, ist es darauf abzustellen, ob die in Frage kommenden Sachen die Umlaufsnatur des Geldes besitzen und vom Verkehr in erster Linie als Tauschmittel zu dienen bestimmt sind, oder ob sie vornehmlich der Kapitalanlage dienen sollen. Man muss doch annehmen, dass dem baren Gelde nur solche Sachen gleichgesetzt werden sollen, die tatsächlich die Funktion des Geldes zu versehen pflegen. Sachen aber, die der Vermögensanlage dienen, erfüllen diesen Zweck regelmässig nicht. Es wird nun schwierig sein, mit Bestimmtheit festzustellen, ob Sachen bestimmungsgemäss der Veräusserung oder der Vermögensanlage dienen. Eine scharfe Grenze wird sich auch hier kaum ziehen lassen.

In erster Linie sind verbrauchbar im weiteren Sinne die Hilfsmünzen für den Kleinverkehr und kleinere Zahlungen, die sogenannten Scheidemünzen. Denn sie sind eben-

[1]) Küntzel a. a. O. S. 133.

[2]) Ausdrücklich zustimmend Eck a. a. O. S. 98, Motive Band 3, abweichend Petracyki, die Lehre vom Einkommen, Band 2, S. 276.

so wie die Währung zum Umlauf bestimmt und gelten bis zu einer gewissen Höhe als gesetzliche Zahlungsmittel.

An sich zum Umlauf fähig sind nun weiter alle Schuldverschreibungen auf den Inhaber, da sie die für den Verkehr bedeutsamen Eigenschaften, leichte Übertragungsform und Selbständigkeit der Rechtslage des jeweiligen Eigentümers, im höchsten Grade verwirklichen. Sie gehören damit aber keineswegs schon zu den beweglichen Sachen, deren bestimmungsmässiger Verbrauch in der Veräusserung besteht. Andererseits dürfte aber auch Buhl [1]) Unrecht haben, wenn er alle Schuldverschreibungen auf den Inhaber schlechthin zu den unverbrauchbaren Sachen zählt, ebenso wie Oertmann [2]), der sie ausnahmslos als verbrauchbare Sachen bezeichnet.

Unbedenklich und in Übereinstimmung mit der gesamten übrigen Literatur sind jedenfalls die Reichsbanknoten, die wichtigsten Inhaberschuldverschreibungen im engeren Sinne zu den verbrauchbaren Sachen zu rechnen. Sie besitzen, was auch von den Motiven [3]) ausdrücklich anerkannt wird, die Eigenschaft der Verbrauchbarkeit fast in gleichem Masse wie das Geld; denn sie zirkulieren wie Geld und erscheinen als jeder Zeit zum vollem Nennwert einzulösende und in Zahlung zu nehmende Geldpapiere, den auf ihre Einlösbarkeit Vertrauenden so gut wie Geld. Sie versehen also im Verkehr die Funktion des Geldes und sind mit der Zeit das beliebteste und unentbehrlichste Zahlungsmittel geworden. Die Banknoten sind neuerdings wieder zu eigentlichem Papiergeld geworden, da sie trotz eingetretener Uneinlösbarkeit als gesetzliches Zahlungsmittel

[1]) Buhl, a. a. O. S. 17.

[2]) Oertmann, Erläuterungen zu § 92. Wie aber Eneccerus richtig bemerkt, wäre dann der § 392, wo ausdrücklich zwischen Inhaberpapieren, die nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen gehören und anderen unterschieden wird, unverständlich (das B. G. B. 4 u. 5a, 2, 2 S. 178).

[3]) Motive Band 3 S. 96. Derselben Ansicht Neumann Anm. 2 zu § 92; Dernburg Bd. 3 S. 17, Cosack I S. 138, Crome Bd. 3 S. 34; Regelsberger a. a. O. S. 384.

angenommen werden müssen. Seltsamerweise rechnet Regelsberger[1]) „Banknoten mit Nummern“ zu den unverbrauchbaren Sachen. Ganz abgesehen davon, dass es Banknoten ohne Nummern nicht geben dürfte, frage ich, was eine Banknote für eine Bestimmung haben sollte, wenn sie nicht veräussert wird.

Die Reichskassenscheine brauchen zwar im Privatverkehr nicht in Zahlung genommen zu werden. Meines Erachtens gehören sie aber trotzdem wie das Geld und die Banknoten zu den verbrauchbaren Sachen. Denn sie erfüllen ihre Umlaufsfunktion, auch wenn sie keinen Zwangskurs haben, genau wie diese. Sie dem Gelde gleichzustellen, erscheint mir um so mehr gerechtfertigt, als doch auch sonstwie die rechtliche Anerkennung ihres geldartigen Charakters zum Ausdruck kommt. So gilt z. B. ihre Annahme als definitive Zahlung, nicht als Annahme an Zahlungsstatt; wegen verlorener oder zu Grunde gegangener Kassenscheine findet kein Amortisationsverfahren statt. Zudem schliesst auch der Staat selbst da, wo er in seinen Gesetzen schlechthin vom Gelde spricht, das Verkehrsgeld in seine Bestimmungen ein[2]). Und auch wirtschaftlich sind diese Geldzeichen Geld, da sie als Tauschmittel zu dienen bestimmt sind.

Dagegen sind die anderen Geldpapiere wie Reichs- und Staatsschuldverschreibungen[3]), landschaftliche Pfandbriefe, Landeskulturrentenbriefe, Teilschuldverschreibungen über die Anleihen von Privatkorporationen, z. B. Eisenbahnpfandschulden, Hypothekenpfandbriefe, Inhaberpapiere mit Prämien und endlich Aktien[4]) meines Erachtens

[1]) Regelsberger a. a. O. S. 384.

[2]) Crome a. a. O. Er erwähnt als Beispiel die §§ 232, 270 Abs. 1, 301, 935. Abs. 2, B. G. B. usw. vergl. auch Cosack I S. 138.

[3]) So auch Hachenburg B. G. B. f. d. D. R., Vorträge S. 389: „Eine Reichsanleiheobligation ist eine vertretbare Sache aber keine verbrauchbare“.

[4]) Auch Buhl S. 17 spricht den Pfandbriefen und Aktien die Eigenschaft der absoluten Verbrauchbarkeit ab, letzteren selbst dann,

nicht zu den verbrauchbaren Sachen im weiteren Sinne zu rechnen. Diese Papiere sind nicht in erster Linie dazu bestimmt, in Umlauf gesetzt zu werden; vielmehr dienen sie dazu, verfügbare Kapitalien auf die Dauer verzinslich anzulegen. Allerdings können sie auch von Hand zu Hand gegeben werden. Sie werden doch in der Regel nicht vertauscht, sondern bleiben längere Zeit bei ihren ursprünglichen Eigentümern. Ihr Gebrauchs- und Tauschwert beruht lediglich auf der Zahlung der Zinsen bezw. der Gewinnanteile. Auch Neumann[1]) zählt die Zins- und Dividendenpapiere deshalb zu den nicht verbrauchbaren Sachen, weil sie zur Vermögensanlage dienen. Sebald[2]) rechnet dagegen alle „börsengängigen" Wertpapiere, die in der Regel zu Spekulationszwecken verwendet werden, ohne nähere Begründung zu den verbrauchbaren Sachen. Meines Erachtens aber kann es auf die Börsengängigkeit allein hier nicht ankommen.

Wir haben uns nun weiter zu fragen, ob etwa die mit den oben erwähnten Stammpapieren ausgegebenen Nebenpapiere, die die Ansprüche auf die aus den Hauptpapieren fliessenden Nutzungen verbriefen, nämlich die Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine zu den verbrauchbaren Sachen zu zählen sind.

Diese Nebenpapiere sind zwar als Urkunden über eine Zinsschuld mit dem Inhaberpapiere (Stammpapier) ursprünglich accessorisch verknüpft. Sie können daher nicht ohne gültiges Hauptrecht entstehen. Andererseits gelten sie aber im Umlauf als selbständige Inhaberpapiere, deren rechtlicher Bestand von dem Schicksal der Hauptpapiere nicht mehr berührt wird, es sei denn, dass die Scheine eine gegenteilige Bestimmung enthalten. Es steht darum

---

wenn sie in der Absicht der Weiterveräusserung erworben worden sind.

[1]) Neumann a. a. O. zu § 92, ebenso Goldmann-Lilienthal Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse S. 122.

[2]) Sebald a. a. O. zu § 92.

an sich nichts im Wege, diese Nebenpapiere, selbst wenn wir für die zugehörigen Hauptpapiere die Eigenscrft der Verbrauchbarkeit verneint haben, als verbrauchbar zu bezeichnen.

Crome, Rehbein, Goldmann-Lilienthal und Neumann[1]) zählen sie in der Tat zu den verbrauchbaren Sachen, „da sie als Tauschmittel zur Veräusserung bestimmt seien.“ Eck[2]) spricht ihnen dagegen die Eigenschaft der Verbrauchbarkeit ab und weist auf die §§ 1392 und 2116 hin, wo die Zins- und Gewinnanteilscheine von den verbrauchbaren Sachen unterschieden seien. Weiter hat er Sorge um das Vermögen des Kindes, dessen Vater ja dann nach § 1653 befugt sei, die gesamten Zinsscheinbogen von den Wertpapieren seines Kindes als verbrauchbare Sachen für sich zu veräussern. Dass aber die hierzu erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dem Kinde einen hinreichenden Schutz bietet, und durch die eventuelle Veräusserung eine Ersatzpflicht des Vaters begründet wird, denkt er wohl nicht. Eneccerus[3]) unterscheidet zwischen fälligen und nichtfälligen Scheinen und zählt nur die ersten zu den verbrauchbaren Sachen.

Meines Erachtens muss man sich der Auffassung von Eneccerus anschliessen. Obwohl ihre eigentliche beurkundete Bestimmung die Geltendmachung des Einlösungsanspruches ist, so werden diese Nebenpapiere doch von ihren Inhabern sehr häufig direkt als bares Geld in Zahlung genommen. Die Umlaufsfähigkeit der noch nicht fälligen Scheine ist nun insofern beschränkt, als sie unter Umständen vom Dritten überhaupt nicht in Zahlung genommen werden, z. B. Dividendenscheine einer unsicheren Aktiengesellschaft, jedenfalls nur unter beträchtlichen Abzügen. Fällige Scheine können dagegen ohne Risiko und in voller

[1]) Crome a. a. O. S. 297; Rehbein Bd. 1, S. 96 Anm. 7b; Goldmann-Lilienthal a. a. O. zu § 92; Neumann a. a. O. zu § 92.

[2]) Eck a. a. O.

[3]) Eneccerus Bd. 1 S. 109.

Höhe in Zahlung genommen werden. Sie besitzen also tatsächlich die Umlaufsnatur des Geldes.

Den Erneuerungsscheinen, sogenannten Talons, wird man hingegen wiederum die Eigenschaft der absoluten Verbrauchbarkeit absprechen müssen, denn sie sind unvollkommene Legitimationspapiere, gleichsam unselbständige Stücke der Haupturkunden[1]) und vornehmlich dazu bestimmt, ihren Inhaber in den Besitz einer neuen Reihe von Zinsrenten oder Dividendenscheine zu setzen, nicht aber als selbständige Umlaufsmittel zu dienen.[2])

In der Literatur ist, namentlich von Endemann[3]), die Ansicht vertreten, dass auch die Inhabermarken des § 807 zu den verbrauchbaren Sachen zu rechnen seien. Meines Erachtens wird das zu Unrecht angenommen; denn diesen Inhaberzeichen, wie z. B. Eintrittskarten, Speise- oder Biermarken fehlt doch gänzlich die Bestimmung als Tauschmittel zu dienen. Ihre Wesensbestimmung liegt vielmehr für den Inhaber in der Geltendmachung der durch sie versprochenen Leistung. Mögen sie auch in ganz vereinzelten Fällen einmal in Zahlung gegeben werden, so bleibt das doch nur ein Nebenzweck. Wenn daher Crome[4]) Geld, Banknoten, Zinsscheine usw. als verbrauchbar bezeichnet, „weil man sie nur benutzen könne, indem man sie fortgebe," so ist das zum mindesten unklar; denn auch die Inhaberzeichen kann man nur benutzen, indem man sie fortgibt. Welcher Unterschied besteht aber nicht zwischen dem Fortgeben in diesem und in jenem Sinne? Die Worte des Gesetzes, deren bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung besteht, erfordern eben eine engere Interpretation. Ebensowenig wie die Schuldverschreibungen des Kleinverkehrs, sind auch die Legitimationspapiere

[1]) In der Literatur (Endemann, Eneccerus) und in der Praxis (Reichsgericht 325, 438, 31, 145) werden sie als Zubehör bezeichnet.

[2]) von Holtzendorf Rechtslexikon B. 3 S. 847, Neumann § 799 S. 517.

[3]) Endemann a. a. O. S. 257, so auch Goldmann-Lilienthal.

[4]) Crome a. a. O.

des § 808, beispielsweise Sparkassenbücher zu den verbrauchbaren Sachen zu rechnen, denn auch deren verkehrsübliche Zweckbestimmung ist nicht die Veräusserung.

Allein Briefmarken können noch zu berechtigtem Zweifel Anlass geben. Meines Erachtens sind sie, wie Eck[1]) es richtig tut, zu den absolut verbrauchbaren Sachen zu rechnen, aber nicht deshalb, weil sie im Verkehr mitunter selbst bis zu beträchtlicher Höhe in Zahlung gegeben bezw. genommen werden, sondern weil sie in ihrer Hauptbestimmung als Zahlungsmittel für eine Leistung der Post, nämlich die Beförderung eines Gegenstandes, anzusehen sind.[2]) Desgleichen wird man auch Stempelmarken, die als Zahlungsmittel für die Stempelsteuer bestimmt sind, und die Versicherungsmarken, durch deren Einkleben in die Quittungskarten, die Beiträge zur Invalidenversicherung entrichtet werden, hierher zu rechnen haben.

Auch Orderpapiere sind unter Umständen zu den absolut verbrauchbaren Sachen zu rechnen; dann nämlich wenn sie in Blanko giriert und zum Umsatz bestimmt sind. Die Blankoindossament versehenen Orderpapiere besitzen eine ähnliche Umlaufsfähigkeit wie die Inhaberpapiere.[3]) Sie können wie diese ohne Mühe und Kosten von Hand zu Hand gehen und werden durch blosse Besitzeinräumung übertragen. Es gehören hierher namentlich kurzfällige Wechsel mit Ausnahme der Kautionswechsel, Checks, kaufmännische Anweisungen, Konnossemente der Seeschiffer, Ladescheine der Frachtführer und kaufmännische Verpflich-

[1]) Eck a. a. O. S. 98.

[2]) Adamkiewicz a. a. O. zählt sie zu den unverbrauchbaren Sachen, mit der Begründung, die Bestimmung der Briefmarken sei in erster Linie, eine Urkunde über einen Transportvertrag darzustellen, nicht aber veräussert zu werden, wenn sie freilich häufig im Verkehr statt Geld in Zahlung gegeben würden.

[3]) Sie werden daher den Inhaberpapieren vom Gesetze auch vielfach an die Seite gestellt, z. B. in den §§ 234, 1081—1084, 1365 Abs. 1 Satz 2 B. G. B. usw.

tungsscheine. Aber wohlgemerkt! nur unter der obigen Voraussetzung.

Nachdem somit im allgemeinen festgestellt ist, welche Gegenstände für diese zweite Art der verbrauchbaren Sachen in Betracht kommen, werden wir uns weiter damit zu befassen haben, in welchem Zeitpunkt diese Sachen für ihren früheren Eigentümer als verbraucht zu gelten haben.

Es ist auch für das heutige Recht daran festzuhalten, dass in dem blossen Ausgeben von Geldstücken oder verbrauchbarer Wertpapiere noch kein Verbrauch im juristischen Sinne liegt; vielmehr ist ein Verbrauch durch Veräusserung im Sinne des § 92 erst dann vorhanden, wenn der Fortgebende aufgehört hat, Eigentümer der veräusserten Gegenstände zu sein. Erst eine solche qualifizierte Veräusserung hat wie Endemann[1]) mit Recht hervorhebt, für den Eigentümer die Wirkung wie die körperliche Sachzerstörung: „die nach allgemeiner Verkehrsanschauung zur Veräusserung bestimmten Sachen werden daher rechtlich als verbrauchbare, d. h. durch den Gebrauch sich aufzehrende, angesehen."

Allerdings ist nicht zu leugnen, dass in gewissen Fällen schon in dem blossen Ausgeben ein Verbrauch in dem oben erörterten Sinne liegt. Gibt nämlich der Eigentümer selbst Geld aus, so tut er dies entweder, um eine Verpflichtung einzugehen oder zu erfüllen; er verzichtet also in der Regel auf sein dingliches Recht an den Geldstücken Aber auch wenn dass Geld dem Eigentümer wider seinen Willen abhanden gekommen ist, ist es unter Umständen schon für ihn verbraucht, und zwar dann, wenn der Erwerber der fremden Geldstücke zur Zeit des Erwerbes im guten Glauben war, unterschiedslos, ob das erworbene Geld mit dem eigenen des Erwerbers bereits ununterscheidbar vermengt ist oder nicht, ob es sich um entgeltlichen oder unentgeltlichen Erwerb oder endlich um gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Gelder oder Inhaberpapiere handelt.

[1]) Endemann a. a. O.

Denn während nach § 935 Absatz 1 der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932—934 nicht eintritt, wenn es sich um gestohlene, verlorene, oder sonst abhanden gekommene Sachen handelt, enthält der Absatz 2 die Bestimmung, dass diese Vorschrift keine Anwendung auf Geld und Inhaberpapiere findet. Unser Recht hat also die Entwicklung des Eigentumserwerbes am Gelde in einer der modernen Verkehrsauffassung entsprechenden Weise zum Abschluss gebracht, indem es Konsumtion schon bei jedem redlichen Erwerb eintreten lässt, ohne Beschränkung auf die Fälle des entgeltlichen Erwerbs und ohne die Ausnahme für gestohlenes oder verlorenes Geld.

War der Empfänger des fremden Geldes zur Zeit des Erwerbes nicht im guten Glauben, so tritt der Eigentumserwerb erst durch Vermengung der empfangenen Geldstücke mit den eigenen ein. Während nach gemeinem Recht fremdes Geld durch Vermengung mit eigenem in das Eigentum des Besitzers überging, enthält das B. G. B. hierüber keine besondere Bestimmung. Sie ist aber auch dadurch, dass der gutgläubige Erwerber des Geldes dessen Eigentum ohne Weiteres durch die Übergabe erlangt, entbehrlich geworden. Im übrigen aber kommt die allgemeine Regel des § 948 zur Anwendung, sodass die untrennbar vermengten Geldstücke dem bisherigen Eigentümer zu Miteigentum gehören, es sei denn, dass eine der ursprünglichen Summen als Hauptsache anzusehen wäre.

Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei vermengtem Gelde Miteigentum und wann Alleineigentum entsteht, herrscht Streit. Die Mehrzahl der Schriftsteller neigt zu der Auffassung, dass Miteigentum nur an einer bestimmt abgegrenzten Menge möglich sei, in die bestimmte oder bestimmbare Beträge gelangt seien[1]). Eneccerus, Plank

[1]) So Staudinger Bd. 3. Erl. z. § 948; Crome Bd. 8, § 406, Anm. 29; Endemann Bd. 2 S. 545, § 83, 19; Goldberger, Seuff. Bl. f. R. A. 72, 633 ff.; Motive Bd. 3 S. 360.

[2]) Eneccerus Erl. z. § 948; Planck a. a. O. Windscheid a. a. O.;

und Windscheid[2]) meinen dagegen, es komme nicht darauf an, ob es sich um abgegrenzte Mengen handle, zu welcher Beiträge von anderer Seite gelangt seien. Auch bei der Vermengung von Geldstücken sei für die Eigentumsverhältnisse ausschlaggebend, ob eine der Massen als Hauptsachen anzusehen sei.

Da diese Streitfrage für unsere Abhandlung nur indirekt von Bedeutung ist, mag dieser Hinweis genügen. Beachtlicher ist für uns die nicht minder bestrittene Frage, ob auch im heutigen Rechte die nicht scheidbare und darum die individuelle Existenz aufhebende Vermengung ein Akt des Verbrauchs ist. Niemeyer[1]) leugnet eine Consumtion durch Vermengung, wie schon für das gemeine so ganz entschieden für das heutige Recht. Auch Eck[2]) meint, der § 948 stehe der Annahme einer Comsumtion durch Vermengung entgegen und Endemann[3]) betont ausdrücklich, Vermischung stehe dem Ausgeben nicht gleich. Küntzel[4]) bejaht dagegen die Frage ohne Bedenken.

Beide Ansichten dürften so vorbehaltslos wie sie geäussert sind, nicht zutreffend sein. Grundsätzlich ist meines Erachtens der Auffassung derer beizutreten, die sich gegen einen Verbrauch durch Vermengung aussprechen. Denn wenn durch die Vermengung Miteigentum entsteht, und das ist doch die Regel, so ist das dingliche Recht des bisherigen Eigentümers der vermengten Quantität noch nicht erloschen. Sein Eigentum an den individuell bestimmten Geldstücken geht allerdings verloren, und gar sehr unterliegt es dem Zweifel, ob der bisherige Alleineigentümer bei der Auseinandersetzung gerade die individuellen Geldstücke, die er besass, zurück erhält. Gleichwohl aber bleibt

---

vergl. auch Seuff. Bl. f. R. A. 15. Erg. Bd. 385 ff. D. Jur. Ztg. 05, 459 ff.

[1]) Niemeyer Zeitschr. f. H. R. Bd. 42 S. 20 ff.

[2]) Eck. a. a. O. S. 99.

[3]) Endemann I 1 S. 257.

[4]) Küntzel, der Entwurf des B. G. B., Gruchots Beiträge 6. Folge 1. Jahrg. Heft 1, S. 133.

er kraft seines Miteigentumsrechtes in Ansehung der Miteigentumsquote dinglich berechtigt. Ein Verbrauch durch Vermengung tritt andererseits nur dann ein, wenn der Vermengungsempfänger Alleineigentümer wird.

§ 10. 2. Die Relative Verbrauchbarkeit.

Eine noch bedeutendere Ausdehnung hat der Begriff der Verbrauchbarkeit im heutigen Rechte dadurch gefunden, dass unter gewissen Umständen Bestandteile eines Sachinbegriffs zu den verbrauchbaren Sachen rechnen. Als verbrauchbar gelten nämlich nach dem Absatz 2 des § 92 auch diejenigen beweglichen Sachen, die zu einem Warenlager oder zu einem sonstigen Sachinbegriff gehören, dessen bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung besteht. Es ist dabei völlig gleichgültig, ob die einzelnen Substrate des Inbegriffs an sich zu den verbrauchbaren Sachen gehören oder nicht. Möbel und Kleider im Laden des Händlers, Schlösser und Schlüssel des Eisengeschäftes gelten demnach als verbrauchbar. Der Kreis der verbrauchbaren Sachen ist damit fast ins Unendliche erweitert.

Die Wurzel dieser Bestimmung liegt in dem sächsischen Recht, wie daselbst bereits hervorgehoben worden ist. Die übrigen Quellen erwähnen nichts dergleichen. Was aber auch dort nur durch das Beispiel des Warenlagers angedeutet wurde, ist im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch aus Zweckmässigkeitsgründen in billigenswerter Weise verallgemeinert, sodass nicht nur die einzelnen Sachen eines Warenlagers, sondern die Gegenstände auch jedes sonstigen zur Veräusserung bestimmten Sachinbegriffs als verbrauchbar gelten.

Ebenso wenig wie im sächsischen Recht wird aber auch heute, wenigstens nach der herrschenden Theorie, der Sachinbegriff als ein selbständiges, von seinen physischen Substraten verschiedenes Rechtsobjekt aufgefasst. Er stellt sich vielmehr als eine Mehrheit einzelner Sachen dar, die zwar durch einen gemeinsamen Zweck zu einem

Ganzen verbunden sind, im Verkehr aber als selbständige Sachen behandelt werden. Der Sachinbegriff besteht zwar aus körperlichen Sachen, ist aber selbst keine körperliche Sache, sondern etwas bloss Gedachtes, ein unkörperliches Ding. Sachen im Sinne des Gesetzes sind jedoch nach § 90 nur körperliche Gegenstände. Das Warenlager als solches ist also keine Sache, deren bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung besteht.

Gelangt man allerdings mit Sokolowski[1]) zu der Annahme, dass auch „Begriffe, welche selbst keine körperlichen Gegenstände sind, sondern solche nur zum Substrat haben", Sachen im Sinne des Privatrechts sind, so wäre es keine Besonderheit, auch das Warenlager, das objektiv zur Veräusserung bestimmt ist, verbrauchbar zu nennen. Doch ist diese Auffassung dem einmal bestehenden § 90 gegenüber nicht haltbar. Eine gewisse rechtliche Beteutung des Sachinbegriffs ist nicht zu leugnen. Diese besteht aber nur insoweit, als sie ihm durch das Gesetz in speziellen Vorschriften beigelegt ist und um eine dieser Spezialvorschriften handelt es sich eben in dem § 92 Absatz 2. Jedoch ist es unbegründet, wenn Cosack[2]) gerade auf dieser Bestimmung fussend, den Sachinbegriff als eine einheitliche Sache darstellt.

Nun können freilich auch die einzelnen Gegenstände, die an sich dem Publikum nicht durch Verbrauch, sondern nur durch Nutzung dienen, durch den blossen Hinzutritt zu einem Inbegriff nicht auf einmal einen ganz anderen rechtlichen Charakter annehmen: Aus unverbrauchbaren Sachen könnnen keine verbrauchbaren werden. Wenn Sokolowski[3]) dennoch ausführt, „der an sich vielleicht unverbrauchbare Gegenstand erhält durch seinen Hinzutritt zu einer Sachgesamtheit eine andere rechtliche Natur — er wird eine res consumtibilis", so muss dieser Auffassung entgegen-

[1]) Sokolowski a. a. O. S. 384.
[2]) Cosack a. a. O.
[3]) Sokolowski a. a. O. S. 384.

getreten werden[1]). Eine solche eigenartige Kraft wohnt dem Sachinbegriff nicht inne. In § 92 Absatz 2 werden auch die einem zur Veräusserung bestimmten Sachinbegriff angehörenden Sachen nicht für verbrauchbar „erklärt". Es wird dort vielmehr nur gesagt, dass solche Sachen als verbrauchbar „gelten". Die an sich unverbrauchbaren Sachen bleiben also unverbrauchbar; sie werden nur unter der bestimmten Voraussetzung wie verbrauchbare Sachen „behandelt". d. h. es kommen für die einzelnen Gegenstände des Inbegriffs die für verbrauchbare Sachen geltenden Rechtsnormen zur Anwendung.

Es ist also keineswegs, wie es auf den ersten Blick scheinen mag, durch den Absatz 2 eine neue Art der Verbrauchbarkeit, die mit dem bisher entwickelten Begriffe im Widerspruch stände, geschaffen, sondern im Interesse des praktischen Rechtsverkehrs in einem bestimmten Falle eine Art praesumtio juris et de jure für den Begriff der Verbrauchbarkeit aufgestellt worden. Staudinger[2]) spricht hier treffend von „fiktiver Verbrauchbarkeit", während Kohler[3]) die Bezeichnung „relative Verbrauchbarkeit" gewählt hat. Beide Ausdrücke bestätigen das oben Gesagte in gleicher Weise. Letzterer dürfte nur deswegen vorzuziehen sein, weil es sich auch bei den nach Absatz 1 nur durch Veräusserung nutzbar werdenden Sachen schon um eine Fiktion handelt.

Bei der relativen Verbrauchbarkeit ergibt sich die Bestimmungsmässigkeit des Verbrauchs freilich nicht, schematisch aus der Natur der Sache, sondern aus ihrer Zugehörigkeit zu einem Sachinbegriff, dessen bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung der einzelnen Sachen besteht, beispielsweise dem Warenlager, das seiner-

[1]) Auch die Motive sagen: „Sachen, welche an sich nicht verbrauchbar sind, nehmen nach § 780 Abs. 2 die Eigenschaft der Verbrauchbarkeit an, wenn sie usw.

[2]) Staudinger Erl. zu § 92.

[3]) Kohler Bd. 1 S. 457.

seits zum Verkaufe bestimmt ist. Das hat bei vielen Schriftstellern zu der Annahme geführt, dass im Falle des § 92 Absatz 2 das Entscheidende in dem Verhalten des Eigentümers liege, der erst und allein durch seine Willensentscheidung die Bestimmung einer Sache zur Veräusserung herbeiführe. So erläutern z. B. auch die Motive, dass „weil der Verbrauch in diesem Sinne eine Willensbestimmung des Eigentümers zur Voraussetzung habe, die beim Warenlager, z. B. in der Bildung und Ergänzung des Lagers liege", diese Verbrauchbarkeit selbst subjektiven Ursprungs sei. Mathias [1]) formuliert schon in nicht mehr zu verstehender Weise, „dass, während sich beim Gelde die Veräusserungsbestimmung aus der Verkehrsauffassung ergebe, diese beim Warenlagerstück aus der subjektiven Entscheidung des Einzelnen zu entnehmen sei, durch die ihrerseits also auch die Verbrauchbarkeit jeder Zeit wieder aufgehoben werden könne" [2]). Auch Hölder [3]) hebt scharf hervor, dass „die durch den Willen des Eigentümers erteilte Veräusserungsbestimmung einer Sache und somit auch ihre Verbrauchbarkeit nur solange existiere, als die Veräusserung der Sachen dem Willen des Eigentümers gemäss sei". In dem gleichen Sinne äussern sich auch noch Endemann und Plank [4]).

Trotzdem aber verfehlen einige der genannten Schriftsteller, insbesondere Kuhlenbeck und Endemann, nicht darauf hinzuweisen, dass auch hier der sonst vom Gesetz so sehr betonte Grundsatz der Objektivität des Verbrauchbarkeitsbegriffes nicht vollständig durchbrochen sei." Denn „die subjektive Bestimmung des Eigentümers zur Veräusserung, obschon erst durch den Willen des Eigentümers herbeigeführt, müsse durch Überweisung zu einem dieselbe kennzeichnenden Sachinbegriff objektiv verwirklicht und regel-

[1]) Mathias a. a. O. S. 132.
[2]) Desgl. auch Kuhlenbeck § 92 Abs. 2.
[3]) Hölder, Erl. zu § 92.
[4]) Endemann I S. 257; Planck Erl. zu § 92.

mässig im allgemeinen erkennbar gemacht sein.“ [1]) Der jeweilige Eigentümer müsse also dadurch, dass er eine Sache dem bestimmungsgemäss erst durch Veräusserung nutzbar werdenden Inbegriff als Bestandteil hinzufüge, deren Veräusserungsbestimmung kund tun. Bezüglich der den Inbegriff bildenden Sachen könne er zwar freie Bestimmung treffen, nicht aber könne er einen beliebigen Inbegriff willkürlich zur Veräuserung bestimmen und damit den ihn bildenden Sachen den Stempel der relativen Verbrauchbarkeit aufdrücken. Darüber, ob ein Inbegriff durch Veräusserung verbrauchbar sei oder nicht, entscheide wiederum allein die Verkehrssitte.

Eine vermittelnde Stellung die aber bereits den meines Erachtens einzig richtigen objektiven Standpunkt hervorhebt, nimmt anscheinend Oertmann [2]) ein, indem er in der Bestimmung des § 92 Abs. 2 nur insofern eine Besonderheit findet, als bei den dort in Betracht kommenden Sachen das Moment der Verbrauchbarkeit nicht erst besonders bestimmt zu werden brauche, sondern sich ohne Weiteres aus ihrer Zugehörigkeit zum Warenlager ergebe. Auf den Veräusserungswillen also komme es auch hier keineswegs an; dieser sei nur insofern bedeutsam, als er die Zugehörigkeit des Stückes zum Lagerbestand herstellen und aufheben könne. Auch wenn z. B. der Inhaber des Lagers, etwa ein Antiquar, in ein Stück seines Bestandes so verliebt ist, dass er es um keinen Preis hergeben würde, ist nach Oertmanns richtiger Ansicht das Stück gemäss § 92 Abs. 2, verbrauchbar. Einen ähnlichen Standpunkt teilen auch Cosack und Kohler [3]). Am schärfsten gibt, soweit ich sehe, Crome [4]) dieser Auffassung Ausdruck, wenn er sagt, dass „auch im Falle des § 92 Absatz 2 sich die Frage der Verbrauchbarkeit nach Verkehrsgrundsätzen beurteile, wenn auch unter Berücksichtigung der individuellen Sachlage.“

[1]) Motive zu § 780.
[2]) Oertmann Erl. zu § 92.
[3]) Cosack Bd. 1 S. 138; Kohler S. 456.
[4]) Crome a. a. O. S. 297.

Meines Erachtens muss bei der Auslegung des Absatzes 2 insbesondere von der Gegenüberstellung der Begriffe „Einzelsache in Absatz 1 und „Sachinbegriff“ in Absatz 2 ausgegangen werden, während der Begriff bestimmungsgemäss in beiden Absätzen die gleiche oben erörterte objektive Auffassung erheischt. Ist also nach objektiven Begriffen, wozu auch die Eigenschaft des Inhabers als eines Kaufmanns gehört, ein Inbegriff von Sachen als solcher dazu bestimmt anzusehen, als Warenlager zu dienen, so bleibt es im Sinne des Absatzes 2 gleichgültig, ob die einzelnen zu dem Warenlager gehörenden Sachen ihrer Natur nach oder durch den Willen des Eigentümers als zum Verkauf bestimmt anzusehen sind, sofern sie sich nur ihrer gleichartigen Beschaffenheit nach als zu dem betreffenden Warenlager zugehörig erweisen. Ob also das einzelne Bild einer Kunsthandlung unverkäuflich sein soll oder nicht, entscheidet nach Absatz 2 nicht über seine Verbrauchbarkeit, wohl aber seine Zugehörigkeit zu der im wesentlichen zum Verkaufe bestimmten Kunstausstellung. Diese Zugehörigkeit jedoch bestimmt sich ihrerseits nicht nach dem Willen des Veräusserers, sondern nach der Wesensbeschaffenheit und räumlichen Beziehung des Einzelgegenstandes zum Warenlager. Das Kriterium der Verbrauchbarkeit bleibt also auch hier im vollen Umfage ein objektives. So wird bei einer Schafherde, die durch Einzelverkauf verbraucht werden soll, der Schäferhund auch dann, wenn ihn sein Eigentümer dazu bestimmt hat, mitverkauft zu werden, dadurch keineswegs als verbrauchbar im Sinne des § 92 Absatz 2 zu gelten haben, ebenso wenig wie ein einzelnes zur Herde gehörendes Schaf seine Verbrauchbarkeit dadurch verliert, dass es durch seinen Eigentümer als unveräusserlich bezeichnet worden ist.

Die Eigenschaft der Zugehörigkeit einer Sache zu einem Warenlager ist meines Erachtens auch nicht von dem Eigentumsrechte des Warenlagerinhabers abhängig. Ist z. B.

jemandem ein Buch dadurch abhanden gekommen, dass es mit anderen Büchern einer Buchhandlung durcheinander gemengt wurde, so gehört es zum Warenlager, auch wenn dessen Inhaber von dem fremden Eigentum Kenntnis hat. Das im fremden Eigentum stehende Substrat des Inbegriffs gilt ebenso gut als verbrauchbar wie die übrigen.

Die in dem Absatz 2 ausgesprochene Wirkung tritt aber immer nur dort ein, wo die bestimmungsmässige Verwendung des Sachinbegriffs in der Veräusserung der einzelnen Objekte besteht, wo also eine beständig wechselnde Zusammensetzung in Frage kommt. Als Beispiel eines solch objektiv zur Veräusserung bestimmten Sachinbegriffes ist vom Gesetz nur das Warenlager hervorgehoben, wohl deshalb, weil es von ganz besonderer praktischer Bedeutung ist. Das Warenlager ist nämlich ein Sachinbegriff gleichgeordneter Gegenstände, dessen bestimmungsmässiger Gebrauch nach der allgemeinen Verkehrsanschauung gerade in der Veräusserung der einzelnen, das Lager bildenden, regelmässig wechselnden und sich stetig erneuernden Stücke, die objektiv kenntlich zur Veräusserung bestimmt feilgehalten werden. Im übrigen aber ist die Anzahl der Inbegriffe dieser bestimmten Art nach der Verkehrsauffassung sehr gering. Es werden in der Literatur noch der Viehbestand eines Viehhändlers[1]), der Packen eines Hausierers[2]) und die Auktionsmasse erwähnt. Dagegen fallen Sachen, die zu einem Gutsinventar gehören, deshalb allein auch nicht unter § 92 Absatz 2[3]). Es muss noch die äusserlich erkennbar gemachte Veräusserungsbestimmung des Eigentümers hinzutreten. Relativ verbrauchbar sind darum wiederum die zum Verkauf stehenden Tiere in der Mastviehherde eines Gutsbesitzers. Alle die eben benannten Inbegriffe fallen aber rechtlich unter den Begriff

[1]) Eneccerus Bd. 1 § 115 S. 286.
[2]) Leonhard a. a. O. zu § 92.
[3]) Staudinger Erl. zu § 92.

des Warenlagers, sodass das vom Gesetz angeführte Beispiel zugleich wohl das einzigste sein dürfte.

Bei dieser Art der Verbrauchbarkeit ist aber vorsichtige Interpretation geboten.[1]) Stellung und Stand des Eigentümers erfordern als objektive Merkmale genaue Beachtung, da sie von entscheidendem Einfluss sind; denn es kann ein und dieselbe Sache für den Kaufmann als verbrauchbar gelten, während sie für den Käufer nicht verbrauchbar ist. Als verbrauchbar haben demgemäss die Sachen im Laden des Antiquitätenhändlers, die Bücher im Laden des Buchhänders zu gelten, nicht dagegen die Bücher einer Bibliothek. Zwar sind die Bücher auch im letzteren Falle Teile eines Inbegriffs, nicht aber eines Inbegriffs der im § 92 Absatz 2 vorausgesetzten Art. Bei einem Kunstliebhaber, der Antiquitäten als Sammler anschafft, gelegentlich aber auch Stücke verkauft, ist den Kunstsachen damit nicht die Eigenschaft von verbrauchbaren Sachen gegeben. Anders ist es natürlich, wenn der Handel überwiegt.[2]) Die den zur Veräusserung bestimmten Inbegriff bildenden Sachen gelten natürlich auch nur solange als verbrauchbar, als sie tatsächlich Bestandteile des Inbegriffs sind. Sobald sie davon durch Übergabe an den Käufer oder durch Einbringen in den Privathaushalt des Kaufmanns getrennt sind, tritt ihre wahre Sachnatur wieder in Geltung. Bilder sind also nur so lange verbrauchbar, als sie sich im Laden des Händlers befinden, unverbrauchbar dagegen wiederum, wenn der Käufer sie als Zimmerschmuck erworben hat.

Insbesondere ist noch darauf hinzuweisen, dass auch Wertpapiere, namentlich die Inhaber- und Orderpapiere, für die wir die Eigenschaft der absoluten Verbrauchbarkeit verneint haben, als verbrauchbar zu gelten haben, wenn sie zu einem Inbegriff gehören, dessen bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung besteht, so bei-

[1]) Vergl. hierzu Windscheid Bd. 1 S. 613 614; Cosack a. a. O. S. 135.

[2]) Beispiel von Dernburg Bd. 3 S. 17.

spielweise alle Papiere, die zu dem zum Umsatz bestimmten Betriebskapital eines Erwerbsgeschäftes, insbesonderes eines Bankgeschäftes gehören. Denn in der Hand des Bankiers sind die Papiere zur Veräusserung bestimmt. Dagegen wird man Pfandbriefe, die derselbe Bankier als Vormund oder Verwalter des Mündelvermögens besitzt, nicht zu den verbrauchbaren Sachen zählen; denn ihr bestimmungsmässiger Gebrauch besteht keineswegs darin, veräussert zu werden. Es ist also wohl zu beachten, dass Schuldverschreibungen auf den Inhaber nach ihrer objektiven Beschaffenheit wie Banknoten zu den verbrauchbaren Sachen gehören können, als auch vermöge ihrer Zugehörigkeit zu einem Inbegriff der oben erwähnten Art.

§ 11. 3. Die Theorie von Petracyki[1]).

Auch von einem deutschen Schriftsteller, und zwar von Petracyki ist ein erwähnenswerter Angriff auf die herrschende Lehre gemacht worden. Er hat sich insbesondere in seinen Ausführungen gegen die objektive Unterscheidung der Verbrauchbarkeit und Unverbrauchbarkeit, die unserem Gesetz zu Grunde liegt, gewandt. Für das Recht sei, meint er, der Gesichtspunkt der physischen Verbrauchbarkeit entschieden zu verwerfen. Von Wichtigkeit sei nur das Verhältnis zwischen einem Kapital und einem Subjekt, wonach jenes für dieses als umlaufendes oder stehendes Kapital gelte. Unter umlaufendem Kapital verstehe man das zur Vernichtung in specie, unter stehendem das zum Gebrauch in specie bestimmte Kapital. Diese Begriffe seien relative. Welcher Art im gegebenen Falle das Kapital sei, ergebe sich aus der allgemein üblichen Benutzung der fraglichen Güter.

Petracyki schlägt sich meines Erachtens mit eigenen Waffen. Die allgemein übliche Benutzung drückt der Sache im Verkehr einen gewissen Stempel auf. Wenn er nun

[1]) Petracyki, die Lehre vom Einkommen Bd. 2. S. 267 ff.

für die Frage, ob das eine oder andere zutrifft, die allgemein übliche Benutzung des fraglichen Gutes als erheblich gelten lässt, so gibt er doch zu, dass sich die Verbrauchbarkeit einer Sache nach Verkehrsgrundsätzen richtet. Die Verkehrssitte richtet sich aber wiederum in der Regel nach der Natur der Sache und ist jedenfalls ein durchaus objektives Merkmal einer Begriffsbestimmung. Da nun bei bestimmten Sachen von Natur aus die allgemein übliche Benutzung im Verbrauch besteht, so ist doch schliesslich die physische Verbrauchbarkeit das Entscheidende[1]).

II. Anwendungsfälle.

Im Folgenden handelt es sich nun darum, die im heutigen bürgerlichen Rechte viel zahlreicheren Anwendungsfälle des Begriffes der Verbrauchbarkeit einer näheren Erörterung zu unterziehen. Am häufigsten wiederholt sich die Anwendung des Begriffes bei denjenigen Rechtsverhältnissen, bei welchen die Befugnis, eine Sache zu nutzen, einem anderen als dem Eigentümer zusteht. Um ihrem Zwecke gerecht zu werden, ist hier das Nutzungsrecht, soweit es sich um solche Sachen handelt, deren übliche Benutzung mit ihrem Verbrauch zusammenfällt, in Übereinstimmung mit den meisten anderen Rechten teils bis zur Verfügungsbefugnis über die Substanz (§ 1376, 1411, 1653, 1659 usw.) teils bis zum Eigentum (§ 1067, 1075, Abs. 2, 1084, 1086) gesteigert worden und an die Stelle der Rückgabepflicht eine Ersatzverbindlichkeit getreten.

Mitunter sprechen Vermutungen für eine bestimmte Art der Verwendung (§ 706 Abs. 2, 1540).

In all diesen Fällen ist dem Wesen der verbrauchbaren Sachen durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung Rechnung getragen.

Andererseits gibt es aber auch eine Reihe von Vorschriften, die mangels einer Unterscheidung des Gesetzes für bewegliche Sachen schlechthin gelten sollen (§ 97, 455

[1]) Vergl. hierzu Eck a. a. O. S. 98, Anm. 1.

usw.). Auch die verbrauchbaren Sachen gehören zu den beweglichen Sachen. Trotzdem ist es, wie die spätere Darstellung zeigen wird, durchaus zweifelhaft, ob diese Vorschriften auch Anwendung dulden, wenn verbrauchbare Sachen in Frage stehen.

Es sollen darum im folgenden Teile alle Gesetzesbestimmungen, in denen der Begriff der Verbrauchbarkeit ausdrücklich oder als Unterbegriff der beweglichen Sachen verwertet ist, einer genauen Kritik unterzogen werden.

§ 12. 1. Verbrauchbare Sachen als Gegenstand des Zubehörs.

Zubehör sind bewegliche Sachen, die ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen. Eine Sache ist nicht Zubehör, wenn sie im Verkehr nicht als als Zubehör angesehen wird (§ 97).

Das wesentlichste und grundlegende Begriffsmerkmal in dieser Definition oder wie Frohwein treffend sagt, der Brennpunkt der ganzen Zubehörlehre ist das Erfordernis, dass die Zubehörsache dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sein muss. Eine Sache dient dem wirtschaftlichen Zweck einer anderen, wenn diese durch das Hinzutreten jener in der Erfüllung ihrer durch die natürliche Beschaffenheit bedingten Bestimmung in comsumtiver und produktiver Richtung unterstützt wird, oder, wie das Reichsgericht in einer seiner Entscheidungen sagt, „wenn die Hilfssache der Hauptsache für die in deren Natur gelegene Zwecke dient“. Es ist dann weiter ein Akt menschlicher Willensbetätigung erforderlich, der die Bestimmung der an sich selbständigen Hilfssache zum Dienst im wirtschaftlichen Interesse der Hauptsache trifft, erstere also in jenes erforderliche wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnis zu letzterer stellt.

Meines Erachtens steht diese Begriffsbestimmung der

Annahme, dass auch verbrauchbare Sachen die Zubehöreigenschaft annehmen können, nicht entgegen. Es unterliegt kaum einem Zweifel, dass auch verbrauchbare Sachen die Bestimmmung haben können, den wirtschaftlichen Zwecken einer anderen Sache, die sich ihnen gegenüber als Hauptsache darstellt, zu dienen und in ein dieser Bestimmung entsprechendes räumliches Verhältnis zu dieser Hauptsache gebracht werden können. Wenn beispielsweise Kohlen auf ein dauernd für den Ziegeleibetrieb eingerichtetes Grundstück geschafft werden mit der Bestimmung, als Erzeuger der Heizkraft zu dienen, so sollen die Kohlen ihrer Zweckbestimmung gemäss ihre endgültige Verwendung im Dienste des Ziegeleigrundstücks als der Hauptsache finden. Sie dienen der Hauptsache zur Erreichung des vollen Nutzungswertes und gehen in dieser Zweckbestimmung auf“ [1]).

Bei dem angeführten Beispiele findet sich die Besonderheit, dass die Zubehörsache — die Kohle als Heizmaterial — den Gebrauch oder die Benutzung der Hauptsache, nämlich des Ziegeleigrundstücks, überhaupt erst ermöglicht; denn ohne Kohlen kann das Ziegeleigrundstück seinen wirtschaftlichen Zweck nicht erfüllen. Diese Frage nun, ob das Zweckdienstverhältnis auch darin bestehen kann, dass die Hilfssache den Gebrauch oder die Benutzung der Hauptsache überhaupt erst ermöglicht, derart, dass die eine Sache ohne die andere nicht den ihr durch sich selbst aufgestempelten Zweck erreichen kann, ist keineswegs unbestritten in der Zubehörlehre. Wenn wir den Ansichten Henkes und Kunzes [2]), die diese Frage mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und auch aus logischen Erwägungen bejahen, folgen, so steht dieser Umstand der

[1]) Endemann I, S. 240, der ausdrücklich betont, dass das B. G. B. im Einklang mit den neueren Rechtsanschauungen die „wirtschaftliche“ Unterordnung des Zubehörs hervorhebt.

[2]) Henke, Bestandteil und Zubehör, S. 24. Kunze, Bestandteil und Zubehör, S. 39.

Annahme, dass Kohlen Zubehör des Ziegeleigrundstücks sind, nicht entgegen.

Allein zu Bedenken Anlass könnte die Voraussetzung geben, dass die Nebensache den wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache „dauernd" zu dienen bestimmt sein muss; denn, wie sich aus Absatz 2, Satz 1, ergibt, begründet die vorübergehende Benutzung einer Sache in den wirtschaftlichen Zweck einer anderen nicht die Zubehöreigenschaft. Mit Recht betont das Reichsgericht [1]), dass mit Rücksicht auf die dem Verbrauch dienende Zweckbestimmung einer verbrauchbaren Sache allerdings der Umstand einer dauernden Benutzung im Interesse der Hauptsache wie er beim Zubehör vorgesehen ist, eine relative Auslegung erfahren müsse. Immerhin aber hindere das nicht, die verbrauchbaren Sachen unter Umständen doch als Zubehör gelten zu lassen. Man müsse eben annehmen, dass „derartige Sachen von dem Augenblick an, wo sie zum Dienst der Hauptsache bestimmt und zu ihr in das dazu erforderliche Verhältnis gebracht worden seien, dauernd im Dienste der Hauptsache Verwendung fänden. Denn von da ab bis zu ihrer schliesslichen Verwendung ständen sie zur jederzeitigen Benutzung bereit, und dienten mithin den Zwecken der Hauptsache". Bei der Frage, ob eine vorübergehende Benutzung vorliegt, ist entscheidend, ob diese sich zur Zeit des Beginns der Benutzung nach ihrer Art objektiv als eine vorübergehende darstellt. Eine nicht nur vorübergehende Benutzung liegt demnach stets dann vor, wenn die Bestimmung diesem einen wirtschaftlichen Zweck zu dienen, entweder für die Dauer überhaupt der Existenz- von Haupt- oder Hilfssache, oder wenigstens für die Dauer der Fähigkeit einer von beiden getroffen ist. Wenn nun der Ziegeleibesitzer des oben erwähnten Beispiels auf sein dauernd für den Ziegeleibetrieb eingerichtetes Grundstück Kohlen bringt, die zu dem gewerblichen Betriebe überhaupt erforderlich sind, so dienen die Kohlen, solange sie auf dem

[1]) Reichsgericht Bd. 77 S. 18.

Grundstück lagern der Hauptsache, insofern sie zur jederzeitigen Benutzung bereit liegen. Länger als sie existieren, können sie natürlich dem wirtschaftlichen Zweck in diesem Sinne nicht dienen. Wenn sie aber, solange sie überhaupt vorhanden sind, die Zweckbestimmung haben, dem wirtschaftlichen Betriebe zu Gute zu kommen und schliesslich in dieser Zweckbestimmung aufgehen, so kann man nicht von vorübergehender Benutzung im Sinne des § 97 Abs. 2, Satz 1, sprechen[1]). Sie dienen dem Grundstück indem, sie den Fortbetrieb ermöglichen und haben, insofern sie zur Aufrechterhaltung des Betriebes überhaupt dienen, auch einen dauernden wirtschaftlichen Zweck.

Entscheidend ist aber in letzter Linie für den Begriff des Zubehörs, ob die Sache auch im Verkehr als Zubehör angesehen wird. Auch die Verkehrsanschauung wird im allgemeinen der Annahme der Zubehöreigenschaft von Kohlen für einen Ziegeleibetrieb nicht im Wege stehen. Im übrigen aber wird die Menge der vorhandenen Kohlen von Erheblichkeit sein, und nur so viel Kohlen werden als Zubehör angesehen werden können, als zum ordnungsmässigen Geschäftsbetriebe unbedingt erforderlich sind. Derselben Auffassung ist auch Pinzger[2]), wie aus dem von ihm angeführten Beispiel hervorgeht. „Ist ein Hausgrundstück mit Centralheizung versehen, so sind die für den Winter angeschafften, auf dem Grundstück lagernden Kohlenvorräte insoweit Zubehör, als sie bis zum Beginn des künftigen Sommers für die Heizung des Hauses erforderlich sind“[3]).

Staudinger[4]) spricht solchen Gegenständen „welche dazu bestimmt sind, nach Be- oder Verarbeitung alsbald veräussert und vom Grundstück entfernt zu werden, wie

[1]) So auch Dernburg Bd. 3, § 6, S. 29 Anm. 18.

[2]) Pinzger, Jahrb. d. D. R. Bd. 10, S. 21.

[3]) Vergl. hierzu R. G. Bd. 77, S. 36, Entsch. des O. L. G. Bd. 14, S. 10; Bd. 24 S. 250 a. M. dagegen Entsch des O. L. G. Bd. 13, S. 312.

[4]) Staudinger I § 97, S. 369.

die in einer Bäckerei oder Brotfabrik vorhandenen Mehlvorräte“ — ebenfalls verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes — die Zubehöreigenschaft ab und meines Erachtens mit vollem Recht. Denn welcher Unterschied besteht nicht zwischen diesem und dem vorhin erwähnten Beispiel. Während die Kohlen als Erzeuger der Heizkraft dem Ziegeleigrundstück dienen, ist die Bestimmung der Mehlvorräte, in dem Betriebe zu neuen Sachen, fertigen Erzeugnissen, verarbeitet zu werden. Sie sind also nicht Mittel, sondern selbst Gegenstand des Betriebes; sie „dienen“ nicht dem wirtschaftlichen Zweck des Betriebes, sondern haben im Verhältnis zu ihm, wenigstens bis zu ihrer Verarbeitung, eine derartige Selbständigkeit, dass sie nicht mehr als Nebensachen und deshalb auch nicht als Zubehör angesehen werden können.[1])

Wie schon erwähnt, werden vom Verkehr beträchtliche Vorräte von erheblichem Werte kaum als Zubehör angesehen werden, da sie auch unabhängig von dem Betriebe selbständige Vermögenswerte darstellen, während andererseits die Verkehrsanschauung bei Vorräten von geringen Mengen die Zubehöreigenschaft bejahen wird. Auch bei verbrauchbaren Sachen ist der Begriff des Zubehörs für den einzelnen Fall nach der Verkehrsauffassung oder dem Inhalt der Parteiverabredung abzumessen.

Es kann also hier nur darauf ankommen, festzustellen, ob verbrauchbare Sachen ihrer Natur nach überhaupt die Zubehöreigenschaft unter Umständen annehmen können, und diese Frage ist, wie in obigen Ausführungen darzutun versucht worden ist, zu bejahen. Das Gesetz selbst spricht für diese Auffassung. In § 98 werden nämlich gewisse verbrauchbare Gegenstände — Dünger und ländliche Erzeugnisse — aufgezählt, die unter allen Umständen dem Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 97 zutreffen. Mit

[1]) Vergl. hierzu Gaupp-Stein Anm. 1, 2 zu § 865; Seuff. Arch. Bd. 65 Nr. 57; a. M. Kom. d. R. G. R. § 97, Anm. 6.

der Vorschrift des § 98 ist aber keineswegs für die dort bezeichneten Fälle eine erschöpfende Aufzählung der als Zubehörstücke in Betracht kommenden Gegenstände beabsichtigt. § 98 gibt vielmehr nur erläuternde Beispiele für die allgemeine Vorschrift des § 97[1]).

§ 13. 2. Verkauf verbrauchbarer Sachen unter Eigentumsvorbehalt.

Nach § 455 kann sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum an der verkauften und dem Käufer übergebenen Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt, und dass der Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt.

Ein solcher Eigentumsvorbehalt gilt mangels einer Unterscheidung des Gesetzes auch für verbrauchbare Sachen und macht keine Schwierigkeit, wenn die Zahlung des Kaufpreises und damit der Eigentumsübergang auf den Käufer vor dem Verbrauch der Kaufsache erfolgt. Häufig wird dies jedoch bei verbrauchbaren Sachen, in deren Natur es liegt, mehr oder weniger schnell verbraucht zu werden, nicht der Fall sein. Eine Aufschiebung des Eigentumsüberganges bis nach dem Verbrauch der verkauften Sache ist aber nicht denkbar, weil infolge der Substanzvernichtung der Gegenstand, der in das Eigentum des Käufers übergehen könnte, nicht mehr vorhanden ist. In den Fällen, in denen bis zum Verbrauch der Kaufpreis nicht gezahlt worden ist, vollzieht sich der Eigentumsübergang durch die Substanzvernichtung selbst als deren natürliche und gesetzliche Folge. Als natürliche Folge bei den verbrauchbaren Sachen, die dem Menschen nur durch Verzehren nutzbar werden können, deren er zum täglichen

[1]) Vergl. ferner die §§ 586, 588, wo doch auch der Eigenbesitzer darüber bestimmt, ob „verbrauchbare Sachen“ Zubehör sind.

Bedarf benötigt, wie z. B. Lebensmittel. Wenn auch theoretisch möglich, so wird doch praktisch ein Eigentumsvorbehalt an solchen Sachen kaum vorkommen; denn es wäre direkt widersinnig, wenn sich der Verkäufer an Sachen dieser Art, die er gerade zum Zwecke des alsbaldigen Verbrauchs dem Käufer übergibt und daher stillschweigend mit ihrem Verbrauche einverstanden ist, das Eigentum daran vorbehalten wollte. Dagegen würde ein Eigentumsvorbehalt an praktischer Bedeutung gewinnen, wenn sich der Käufer der Preisermässigung wegen sofort grössere Quantitäten kauft, um sie bei sich zu lagern und je nach Bedarf nach und nach zu verzehren. Ein solches Vorgehen seitens eines Käufers würde aber wiederum nur für einen ganz engen Kreis von Sachen möglich sein; denn die meisten Sachen des täglichen Bedarf sind einem schnellen Verderb ausgesetzt.

Als gesetzliche Folge der Substanzvernichtung tritt der Eigentumsübergang im Falle der Verarbeitung ein. Nach Analogie des § 950 erwirbt der Käufer eines verbrauchbaren Stoffes durch Verarbeitung dieses Stoffes zu einer neuen beweglichen Sache das Eigentum an dieser Sache, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der Wert der Verarbeitung nicht erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. So erwirbt z. B. der Bäcker, der das unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers gekaufte Mehl vor der Zahlung des Kaufpreises verbackt, Alleineigentum an der neuen Sache, dem Brote. Trotz des Eigentumsvorbehalts tritt der Eigentumswechsel in dem Zeitpunkte der Verarbeitung ein. Denn „der Eigentumsvorbehalt hat keine Wirkung gegenüber den sachenrechtlichen Vorschriften über Verbindung, Vermischung und Verarbeitung.“ [1]) Es kann demnach das Eigentum rechtswirksam nur bis zur Verarbeitung vorbehalten werden, doch ist der Eigentumsvorbehalt, selbst wenn der Verkäufer dem Käufer die Erlaubnis zum Verbrauch der Substanz erteilt hat, an sich

[1]) Neumann, Bd. Anm. 7 zu § 455.

wirksam, denn „die Erteilung dieser Befugnis steht der Annahme eines ernstlich oder rechtswirksamen Eigentumsvorbehalts nicht entgegen. Sie ist auch nicht eine vertragsmässige Modalität, sondern setzt hinsichtlich des Eigentumsüberganges nur einen früheren Termin.“[1]) Der Vorbehalt behält bezüglich des noch nicht verarbeiteten Teiles der Substanz also seine volle Kraft.

Überhaupt hat der Eigentumsvorbehalt die Wirkung, dass der Käufer über die unter Vorbehalt des Eigentums verkaufte Sache nicht ohne Erlaubnis des Verkäufers verfügen kann. Verfügt er trotzdem aus freien Stücken, indem er die Substanz verarbeitet, so tritt keine Änderung in den Rechtsfolgen ein. Denn selbst dem bösgläubigen Verarbeiter wird das Eigentum an dem Ergebnis seiner Arbeitstätigkeit zugesprochen. Ein Eigentumsvorbehalt an verbrauchbaren Sachen dieser Art, ist darum ebenfalls von geringer Bedeutung.

Praktisch wichtiger ist ein Eigentumsvorbehalt hinsichtlich der relativ verbrauchbaren Sachen. Dass das Eigentum bezüglich der im einzelnen genau aufgezählten Teile eines zur Veräusserung bestimmten Inbegriffes vorbehalten werden kann, brauchte nicht erst erwähnt zu werden. Zweifelhaft aber kann es sein, ob an den Inbegriff als solchem ein Eigentumsvorbehalt möglich ist. Ein Inbegriff ist zwar keine körperliche Sache;[2]) immerhin aber hat dieser Begriff im Rechtsverkehr insofern Bedeutung, als man eine Sachgesamtheit als solche zum Gegenstand von Rechtsgeschäften, z. B. eines Kaufvertrages, machen kann, ohne dass es einer besonderen Aufzählung der einzelnen Sachen und ihrer Kaufpreise bedürfte. Mit demselben Rechte aber kann und muss angenommen

[1]) Entsch. d. O. L. G. Bd. 2, S. 343; Rhein. Arch. Bd. 44, S. 261.

[2]) Planck I S. 127; Dernburg 3, § 2; Crome I, § 58, S. 274; ferner Staudinger, Windscheid usw.; R. G. Bd. 52, S. 388, 44, 237, 53, 220 — a. M. Gierke a. a. O. S. 43; Cosack Bd. 1, § 41, 3; Sokolowski a. a. O. S. 384.

werden, dass der Verkäufer eines Warenlagers sich das Eigentum vorbehalten kann, ohne die einzelnen Gegenstände, auf die er sich beziehen soll, genau zu bezeichnen. Der Eigentumsvorbehalt an einem Warenlager hätte die Wirkung, dass der Käufer ohne besondere Genehmigung die unter Vorbehalt des Eigentums gekauften Sachen nicht weiter verkaufen könnte. Doch steht einer Ermächtigung an den Käufer zu Einzelveräusserungen begriffsmässig nichts im Wege.[1])

§ 14. 3. Verbrauchbare Sachen als Gegenstand von Miete und Leihe.[2])

Wenn Kohler[3]) und Eneccerus[4]) lehren, es sei eine notwendige Rechtsfolge der Unterscheidung zwischen verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen, dass alle Rechtsgeschäfte, die sich auf blosse Benutzung beziehen, wie Miete und Leihe, wegfallen, so kann man dem nicht in vollem Umfange beipflichten. Allerdings können verbrauchbare Sachen in der Regel nicht Gegenstand eines Miet- oder Leihvertrages sein. Denn da die Gewährung des Gebrauchs das Wesen dieser Verträge ausmacht, so können nur solche Sachen vermietet oder verliehen werden, die einen Gebrauch gestatten, ohne dass sie dadurch zugleich verbraucht werden. Will man aber Sachen, bei denen ein Gebrauch unter dieser Voraussetzung nicht möglich ist, trotzdem einem anderen zum Gebrauch überlassen, so kann das nur in der Weise geschehen, dass die Sachen übereignet werden gegen das lediglich Versprechen der Rückgabe einer entsprechenden Quantität und Qualität. Es liegt dann aber keine wahre Miete oder Leihe mehr vor; denn der Mieter sowohl als der Entleiher

[1]) R. G. Bd. 67, S. 383; Recht 1909 Nr. 649, 650, 651; Entsch. d. O. L. G. Bd. 8, S. 63.

[2]) Kohler a. a. O.

[3]) Eneccerus a. a. O.

[4]) Code civil Art. 1878; Österr. Gesetzb. §§ 971, 1090.

sind zur Rückgewähr der species verpflichtet. Es ist darum durchaus unrichtig, von Gas- oder Wassermiete zu sprechen, weil nach allgemeiner Verkehranschauung der Zweck der Überlassung bei Gas-, Wasser, elektrischem Strom usw. nur im Verbrauch besteht.

Es erscheint daher zunächst als ein Widerspruch in sich selbst, wenn hier trotzdem verbrauchbare Sachen als Gegenstand von Miete und Leihe bezeichnet werden. Allein, was steht im Wege eine an sich verbrauchbare Sache zu einem bestimmten Gebrauch hinzugeben, mit der Verpflichtnng, die Mietsache selbst zurückzugeben, wenn „der vertragsmässige Gebrauch ohne Vernichtung oder unverhältnismässige Entwertung der Substanz“ möglich ist[1]). Die Gebrauchssache muss natürlich in Beziehung auf den beabsichtigten Gebrauch eine unverbrauchbare sein. Und es können doch sehr wohl ausnahmsweise auch verbrauchbare Sachen zu einem, ihrer regelmässigen Bestimmung nicht gemässen Gebrauch einem Dritten überlassen werden, und ihm, auch unbeschadet der Substanz, Vorteile gewähren. So z. B. können Früchte oder ein Baumkuchen zum Tafelschmuck (ad pompam vel ostentationem) vermietet, Geldstücke zum Vorzeigen verliehen werden. Hier wird durch den beabsichtigten Gebrauch die Rückgabe der Sachen nicht ausgeschlossen. Auch kann ein Gesellschafter seiner Gesellschaft leih- oder mietweise Wertpapiere überlassen, damit diese mit den Wertpapieren einem Dritten Sicherheit leistet.[2]) Eine ähnliche Bestimmung findet sich auch in § 318 H. G. B., der irrtümlich von einer entgeltlichen Leihe von Aktien spricht. Zwar haben wir gerade für die Aktien die Eigenschaft der Verbrauchbarkeit verneint. Doch, wenn Miete und Leihe überhaupt an verbrauchbaren Sachen stattfinden können, so sind sie auch an verbrauchbaren „Inhaberpapieren“ möglich.

Auch in der Literatur wird diese Ausnahme für ver-

[1]) Oerthmann II S. 255.

[2]) Jahrb. d. Deutschen Rechts, 8, S. 215.

brauchbare Sachen häufig gemacht. Die Motive[1]) erwähnen sie zwar nicht, sprechen andererseits auch nicht dagegen. Sie ergibt sich aber bei dem herrschenden Prinzip der Vertragsfreiheit — kann doch der bestimmungsmässige Gebrauch jederzeit ausgeschlossen werden — aus allgemeinen Erwägungen und ist auch in früheren Rechten, wonach ausweislich der Motiven nichts hat geändert werden soll, anerkannt.[2])

§ 15. 4. Verbrauchbare Sachen als Gegenstand des Pfandrechts.

Nach der Begriffsbestimmung des § 1204 steht nichts im Wege, auch die verbrauchbaren Sachen als Gegenstand des Pfandrechts zu bezeichnen. Das ist auch in der Literatur anerkannt. So sagt beispielsweise Eneccerus „das Sachpfandrecht kann so gut an verbrauchbaren, wie an vertretbaren Sachen geschehen.“[3]) Auch ein Warenlager kann unter der zusammenfassenden Benennung als solches in dem Sinne verpfändet werden, dass die bestimmungsgemäss veräusserten Sachen aus der Pfandhaftung ausscheiden und die neuangeschafften Stücke in dieselbe eintreten; die Verpfändung wirkt aber nur, soweit den Erfordernissen der §§ 1205 und 1206 genügt ist[4]). Da es aber, wie Eneccerus mit Recht betont, hier abweichend vom Niessbrauch keine dispositive Vorschrift dahin gibt, dass der Pfandgläubiger von Geld und anderen verbrauchberen Sachen ohne weiteres Eigentümer sei, ist das an Gegenständen dieser Art bestellte Pfandrecht allemal „ein echtes“. Die im Eigentum des Verpfänders verbleibenden Pfandsachen dienen lediglich zur Sicherung und berechtigen

[1]) Mugdan, Motive II, S. 206.

[2]) Vergl. R. G. Bd. 13, S. 128; Reichsoberhandelsgericht, Bd. 21, S. 98.

[3]) Eneccerus, 4 und 5a, 2, 1 § 161, 1; vergl. auch Dernburg 3, S. 904.

[4]) R. G. Bd. 53, S. 218.

den Gläubiger, nach Fälligkeit seiner Forderung durch Verkauf Befriedigung aus ihnen zu suchen. Eine Besonderheit gilt nur dann, wenn Geld Gegenstand des Pfandrechtes ist. Hier ist eine Pfandverwertung durch Verkauf ausgeschlossen. Man wird es deshalb als Parteiintention anzusehen haben, dass an die Stelle des Pfandverkaufs die Aneignung der verpfändeten Geldstücke bis zur Höhe der Forderung tritt. „Der Pfandgläubiger ist befugt, nach der Pfandreife durch einseitige Willensbetätigung aus einem Fremdbesitzer zum Eigenbesitzer zu werden.“ [1]) Bezüglich der anderen verbrauchbaren Sachen wäre hierzu eine besondere Vereinbarung erforderlich.

Wird nun an verbrauchbaren Sachen ein Pfand in der Weise bestellt, dass der Pfandgläubiger — ähnlich wie beim Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen, — Eigentum und Verbrauchsrecht mit Erstattungspflicht erwirbt, also berechtigt ist, auch vor Fälligkeit der Forderung über das Pfand zu verfügen, so handelt es sich m. E. nicht mehr um eine Pfandbestellung. Staudinger und Eneccerus [2]) sprechen hier von einem „irregulären Pfandrecht.“ Ein solches kennt aber das B. G. B. nicht, ein solches gibt es also auch mangels ausdrücklicher Bestimmung nicht, da es hier im Gegensatz zum Obligationenrecht dem Parteiwillen nicht überlassen ist, nach Belieben neue dingliche Rechte zu schaffen. Eine solche Pfandbestellung hat vielmehr den Charakter einer Sicherungsübereignung, also einer fiduziarischen Eigentumsübertragung, die auch der lex comissoria (§ 1229) nicht unterworfen ist. Nach § 1214 kann zwar dem Pfandgläubiger das Recht zustehen, die Nutzung der Pfandsache zu ziehen. Hier ist aber nur von Nutzungen einer Sache die Rede, dem Pfandgläubiger kann aber nicht der Verbrauch einer verbrauchbaren Sache eingeräumt werden.

Unter diesen Umständen dürften sich aber verbrauch-

[1]) Enneccerus a. a. O.

[2]) Staudinger zu § 1204, 6.; Enneccerus a. a. O.

bare Sachen kaum besonders zur Verpfändung eignen. Denn da die Mehrzahl dieser Sachen einem schnellen Verderb ausgesetzt ist, so stände dem Pfandgläubiger fast immer das Recht zu, die Pfandsachen öffentlich versteigern zu lassen, (§ 1218) wobei aber wiederum bei dem verhältnismässig geringen Werte dieser Sachen für den Gläubiger wenig abfiele, es sei denn, dass es sich immer um grössere Quantitäten handelte.

§ 16. 5. Hinterlegung vertretbarer Sachen, deren Verbrauch dem Verwahrer gestattet ist.[1])

Wir kommen nun zu den gesetzlichen Bestimmungen, in denen der Begriff der Verbrauchbarkeit ausdrückliche Verwendung gefunden hat, deren Entstehung also in unmittelbarer Beziehung zu diesem Begriffe steht, wie beispielsweise die Bestimmung des § 700 Satz 2.

Der § 700 behandelt den Fall des sog. depositum irregulare, wo vertretbare Sachen in der Art hinterlegt werden, dass das Eigentum auf den Verwahrer übergeht und dieser verpflichtet ist, nicht diese Sachen selbst, sondern Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugeben. Eine solche unregelmässige Verwahrung setzt in der Regel eine besondere gegenseitige Vereinbarung über den Eigentumsübergang zwischen den Parteien voraus.

Eine Ausnahme von dieser Regel stellt Satz 2 für solche vertretbaren Sachen auf, die zugleich die Eigenschaft der Verbrauchbarkeit besitzen. Der Hinterleger kann nämlich bei Sachen dieser Art dem Verwahrer einseitig gestatten, die hinterlegten vertretbaren Sachen zu verbrauchen, wann er wolle.[2]) Diese einseitige Verbrauchs-

[1]) Pr. Landrecht I, 14 §§ 82—87; Österr. Gesetzb. § 959; sächs. Gesetzb. §§ 1274—1277.

[2]) Oerthmann spricht hier von einem „alternativ-irregulären" Verwahrungsvertrage (a. a. O. S. 840.) und Eck von einem „darlehensartigen" Verwaltungsvertrage (a. a. O. S. 540). Auch dürfte der Ausdruck „Consumptionsdepot" das Wesen dieser Bestimmung treffend wiedergeben.

gestattung kann bei oder nach der Hinterlegung geschehen. Sie braucht nicht ausdrücklich erteilt zu sein, muss sich aber zum mindesten aus den Umständen ergeben; so wird in der Regel dem Verwahrer die Verwendung erlaubt sein, wenn ihm Gelder unverschlossen übergeben worden sind. Crome[1]) weist aber sehr mit Recht darauf hin, bei der Herleitung der Verbrauchsgestattung aus den Umständen mit ausserordentlicher Vorsicht zu verfahren, da sich der Hinterleger mit dieser Gestattung der wichtigsten Sicherungsmittel beraube.[2])

Wenn dem Verwahrer gestattet ist, die hinterlegten Sachen für sich zu verwenden, so wird ihm damit keineswegs schon das Eigentum an den hinterlegten Sachen übertragen. An den aus dem Verwahrungsvertrage sich ergebenden Rechten und Pflichten wird durch die Verbrauchsgestattung nichts geändert. Der Verwahrer wird durch sie lediglich obligatorisch berechtigt, „sich die Sache nach seinem Belieben oder erst nach Eintritt eines sonstigen davon unabhängigen Ereignisses" anzueignen. Die Verbrauchsgestattung ist demnach nichts anderes als ein Antrag, der der Annahme durch den Verwahrer bedarf. Diese Annahme liegt mangels einer ausdrücklichen Erklärung in der Aneignung, die dadurch zum Ausdruck kommt, dass der Verwahrer die hinterlegten Sachen verbraucht, indem er sie verzehrt oder das ihm unverschlossen übergebene Geld mit dem seinigen vermengt. (§ 948.)[3]) Erst in dem Zeitpunkt, wo der Verwahrer von der Gestattung tatsächlich Gebrauch macht, geht — durch traditio brevi manu — Eigentum und Gebrauchsrecht auf den Verwahrer über, und erst jetzt verwandelt sich seine Speciesschuld in eine Genusschuld. Von nun ab trägt er auch die Gefahr eines zufälligen Untergangs der hinterlegten

[1]) Crome, Bd. 2 § 277, S. 749.

[2]) So hat er z. B. im Konkurse kein Aussonderungsrecht und im Strafrecht keinen Schutz gegen Unterschlagung (R. G. Bd. 52, S. 203.)

[3]) Vergl. hierzu R. G. Bd. 52, S. 205.

Sachen. Andererseits hat der Hinterleger — ähnlich wie beim Darlehen — nur eine Forderung gegen den Verwahrer auf Rückgabe.

Allein Ort und Zeit der Rückgabe bestimmen sich im Zweifel nach den Vorschriften des Verwahrungsvertrages. Die Rückgabe hat demnach am Verwahrungsorte zu erfolgen (§ 697), der Hinterleger braucht nicht zu kündigen (§ 695) und der Verwahrer kann, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist, jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sachen verlangen. Ist eine Zeit bestimmt, so kann er die vorzeitige Rücknahme nur dann verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Vertragszinsen sind auch nur dann zu zahlen, wenn solche zum mindesten durch formlose Vereinbarung ausbedungen worden sind.

Die sich hier ergebende Schwierigkeit, den entscheidenden Zeitpunkt, wann der Verwahrer von der Erlaubnis Gebrauch macht, zu ermitteln, ist nicht zu verkennen. Eine andere Regelung aber würde den Verwahrer, der vielleicht von vorneherein die Absicht hatte, sich die hinterlegten Sachen überhaupt nicht oder nur unter besonderen Umständen anzueignen, zu sehr benachteiligen.

Die Frage, ob der Hinterleger die Aneignungsbefugnis bis zur tatsächlichen Aneignung mit dinglicher Wirkung wiederrufen könne, wird von Goldmann-Lilienthal[1]) bejaht. Auch Oerthmann[2]) meint, in Fällen dieser Art würde sich der Hinterleger meist zur Belassung verpflichtet haben und alsdann nach Analogie des § 956 Abs. 1 Satz 2 die Verneinung der Frage kaum einem Zweifel unterliegen. Meines Erachtens ist der Hinterleger aber auch ohne eine solche Verpflichtung regelmässig an den Übereignungsantrag gebunden; denn mangels besonderer Bestimmungen gelten auch für den hier in Frage stehenden Antrag die allgemeinen Grundsätze der §§ 145 ff. Derselben Ansicht

[1]) Goldmann-Lilienthal, Erläuterungen zu § 700.
[2]) Oerthmann a. a. O. S. 48.

ist auch Neumann,[1]) der gerade den hier erörterten Fall „als Anwendungsfall dinglicher Gebundenheit an die Traditionsofferte“ hervorhebt.

Vor allem ist die Bestimmung des § 700 Abs. 1 Satz 2, von praktischer Bedeutung für das Geld, die vertretbarste und zugleich verbrauchbarste Sache überhaupt, einschliesslich der Banknoten und Reichskassenscheine.[2]) Dagegen ist bei der Hinterlegung anderer verbrauchbarer Wertpapiere, einmal mit Rücksicht auf die Gefahr von Depotunterschlagungen, dann auch wegen der im Verkehr des Publikums mit den Bankiers hervorgetretenen Unzuträglichkeiten, die Gebrauchsgestattung nur gültig, wenn sie ausdrücklich mündlich oder schriftlich getroffen ist.[3])

§ 17. 6. Einbringen verbrauchbarer Sachen in eine Gesellschaft.[4])

In gewissen Fällen sprechen nur Vermutungen für eine bestimmte Art der Verwendung, wenn verbrauchbare Sachen in Frage stehen, so beispielsweise bei der Einbringung verbrauchbarer Sachen in eine Gesellschaft. Welche Bedeutung einer solchen Einbringung zukommt, (quo ad usum

[1]) Neumann, Anm. zu § 929, II. 2 b.

[2]) Sie kommt in grossem Masse zur Anwendung bei dem Depositengeschäft im engeren Sinne, der Annahme von Depositengeldern zur eigenen verzinslichen Benutzung und im Giroverkehr der Reichsbank. — Das bei den preuss. Hinterlegungsstellen hinterlegte Geld geht schon kraft Gesetzes in das Eigentum des Staates über (preuss. Hinterlegungsordnung § 7 ff.)

[3]) § 700 Abs. 2. Noch weiter geht das Gesetz vom 5. Juli 1896 betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, indem es eine Erklärung des Hinterlegers, durch die ein Kaufmann als Verwahrer ermächtigt wird, an Stelle hinterlegter vertretbarer Wertpapiere (mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld) gleichartig zurückzugeben und über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen, nur für giltig erklärt, wenn sie für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich abgegeben wird, es sei denn, dass der Hinterleger gewerbsmässig Bank- oder Geldwechselgeschäfte betreibt.

[4]) Österr. Gesetzb. § 1183; Code civil Art. 1851.

oder quo ad sortem) ist in erster Linie unter Zugrundelegung des Gesellschaftsvertrages nach den Umständen des Falles zu beurteilen. Für den Zweifelsfall geht gemäss § 706 Abs. 2 Satz 1 die Vermutung dahin, dass die verbrauchbaren Sachen, insbesondere also Geldeinlagen, gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden. Die Gefahr der eingebrachten Gegenstände geht demnach auf die sämtlichen Gesellschafter über, und der Einbringende haftet für Mängel im Recht und für Mängel der Sachen.[1])

§ 18. 7. Verbrauchbare Sachen im Niessbrauchsrecht.

a) Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen.[2])

Von den Rechtsverhältnissen, bei denen Eigentum und Nutzungsrecht auseinanderfallen, ist in erster Linie der Niessbrauch hervorzuheben. Den Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen muss man auch im heutigen Recht als den Hauptanwendungsfall des Verbrauchbarkeitsbegriffes ansehen; denn hier tritt der Unterschied von verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen am auffallendsten hervor. Während dem Niessbraucher im allgemeinen nur ein Nutzungsrecht unter Erhaltung der Substanz zusteht, erwirbt er, wenn verbrauchbare Sachen den Gegenstand des Niessbrauchs bilden, Eigentum und damit das Verbrauchsrecht in Ansehung der dem Niessbrauch unterliegenden Sachen, mit der Verpflichtung, nach der Beendigung des Niessbrauchs dem Besteller den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten. (§ 1067). Wenn also z. B. jemand, der schon viel Vorräte an Nahrungsmitteln und Fourage für seine Pferde gekauft hat, plötzlich auf längere Zeit verreisen will; und daher einem anderen den Niessbrauch an diesen Sachen bestellt, so wird dieser

---

[1]) Vergl. §§ 445 und 493, bezügl. der Auseinandersetzung § 733 Absatz 2.

[2]) Pr. Landr. I, 21 § 173; Code civil Art 587; Österr. Gesetzb. § 510, sächs. Gesetzb. § 623.

Eigentümer der Sachen und kann nach Gutdünken mit ihnen verfahren.

Wesen und Inhalt des Niessbrauchs an verbrauchbaren Sachen sind demnach grundsätzlich die gleichen wie im römischen Recht. Die Motive und auch das Gesetz vermeiden jedoch den Ausdruck „uneigentlichen Niessbrauch." Es wird überhaupt kein Unterschied zwischen eigentlichem und uneigentlichem Niessbrauch gemacht; beide werden vielmehr unter den höheren Begriff „Niessbrauch" zusammengefasst.[1]) Der Niessbrauch im weiteren Sinne, wie ihn die Motive nennen, ist den Regeln über den Niessbrauch an Sachen in einem besonderen Paragraphen angereiht. Es folgt hieraus, dass auch für ihn die allgemeinen Niessbrauchsregeln zur Anwendung kommen sollen, soweit in den § 1067 nichts Besonderes festgesetzt ist oder die Natur der verbrauchbaren Sachen dem nicht entgegensteht.

Wenn nun Crome[2]) mit Rücksicht auf die Besonderheit des Eigentumsüberganges erklärt, der Niesbrauch an verbrauchbaren Sachen habe mit dem eigentlichen Niessbrauch nicht viel mehr als Name und wirtschaftlichen Zweck gemeinsam, so ist das in gewisser Hinsicht richtig. Denn die juristische Natur des Niessbrauchs an verbrauchbaren Sachen ist eine wesentlich andere. Trotzdem bleibt er aber Niessbrauch und das ist überall dort von Bedeutung, wo mangels besonderer Vorschriften die allgemeinen Regeln über den Niessbrauch Anwendung finden müssen, namentlich für seine Entstehung und Beendigung. Es ist demnach zu prüfen, ob die allgemeinen Regeln in dieser Hinsicht wirklich Anwendung finden können. Wie sich aus dem Wortlaut des § 1067 unzweifelhaft ergibt, kann der Niess-

[1]) Man bleibt in besserer Übereinstimmung mit dem Wortsinn, wenn man den Ausdruck „Niessbrauch" im weiteren Sinne gebraucht und das wesentliche des Niessbrauchs in dem Zweck findet, dem Berechtigten ein unmittelbares Recht auf die Ziehung der Nutzung nicht nur einer Sache, sondern eines Vermögensgegenstandes im allgemeinen zu geben. Mot. Bd. 3 S. 533.

[2]) Crome a. a. O. S. 530.

brauch im weiteren Sinne ebenfalls durch rechtsgeschäftliche Bestellung begründet werden. Übergibt also der Eigentümer dem Erwerber verbrauchbare Sachen, und sind beide darüber einig, dass letzterem der Niessbrauch an diesen Sachen zustehen soll, so ist der Niessbrauch bestellt. Das Recht des Niessbrauches erweitert sich dann von selbst zum Eigentum, ohne dass der Wille der Parteien auf Eigentumsübergang gerichtet zu sein braucht. „Er darf ihr nur nicht gerade entgegenstehen."[1]) Selbst dann geht im Gegensatz zum römischen Recht das Eigentum auf den Niessbraucher über, wenn der Besteller nicht Eigentümer war, sofern nur der Niessbraucher diesen Umstand bei dem sich vollziehenden Erwerbe nicht gekannt und seine Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat. Sehr zweifelhaft dagegen ist es, ob der Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen auch durch Ersitzung begründet werden kann. Der Ausdruck „Besteller" könnte ohne weiteres den Schluss rechtfertigen, dass der Niessbrauch im weiteren Sinne immer ein bestellter sein müsse. Die Gesetzgeber aber haben eine solche Auslegung nicht beabsichtigt, denn in den Motiven[2]) heisst es; „dass die Vorschriften über die Ersitzung auf den Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen Anwendung leiden, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, weil die Innehabungsübergabe bei der Begründung des quasi usus fructus in eine Besitzübergabe übergeht, mit dem Besitz also die Voraussetzung über die Ersitzung gegeben ist." Ebenso unbedenklich bejaht Planck[3]) diese Frage. Wenn durch die Bestellung, so führt er aus, der Niessbrauch nicht zur Entstehung gekommen sei, weil es sich z. B. um eine dem Eigentümer gestohlene Sache gehandelt habe, später aber

[1]) Crome a. a. O. S. 532; auch Motive Bd. 3 S. 535; es ist also nicht die Kenntnis der Beteiligten von der Eigenschaft der in Frage stehenden Sache als einer verbrauchbaren erforderlich.

[2]) Motive Bd. 3, S. 535.

[3]) Planck Bd. 3, Erl. zu § 1067.

Eigentum durch Ersitzung erworben worden sei, so müsse der Niessbrauch damit als entstanden angesehen werden und derjenige, der den Niessbrauch bestellt habe, als Besteller im Sinne des § 1067 gelten, obschon durch die Bestellung der Niessbrauch nicht begründet worden sei. Ebenso entspreche es der Billigkeit und der Absicht des Gesetzgebers, dort, wo ein Dritter in den Glauben, es sei ihm der Niessbrauch daran bestellt, eine verbrauchbare Sache im Besitz genommen habe und durch Ersitzung Eigentümer geworden sei, den früheren Eigentümer als Berechtigten anzusehen.

Die Auffassung Plancks ist sehr bedenklich. Nach § 1033 sollen auf die Ersitzung des Niessbrauchs an beweglichen Sachen die Vorschriften über die Ersitzung des Eigentums entsprechend zur Anwendung gelangen. Es ist also im vorliegenden Falle der Wille zum Eigenbesitz, — der animus rem dominus habendi, — sowohl in Bezug auf das Recht des Niessbrauchs, als auch in Bezug auf das zum Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen erforderliche Eigentum an den letzteren notwendig. Dieser animus führt aber m. E. — was die verbrauchbaren Sachen anbelangt, — zum vollen endgültigen Eigentum; denn der Wille zum Eigentum ist stärker als der Wille zum Niessbrauch. Der letztere geht also im ersteren auf. Einen zum Zweck des Niessbrauchserwerbs beschränkten Eigentumswillen aber kennt das Gesetz nicht und sieht ihn auch bei der Ersitzung des Niessbrauchs nicht vor.

Der Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen erlischt mit dem Tode des Niessbrauchers, oder falls er einer juristischen Person zustand, mit dieser (§ 1061). Unanwendbar sind dagegen die Vorschriften der §§ 1062 und 1063. Auch die Beendigung durch Untergang der Sachen, gutgläubigen Eigentumserwerb eines Dritten, oder rechtsmässigen Pfandverkauf ist naturgemäss ausgeschlossen. Zweifelhaft ist es aber wiederum, ob der Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen auch durch Rechtsgeschäft auf-

gehoben werden kann (§ 1064). Nach der Ansicht Cosacks[1]) endigt er mit dem einseitigen Verzicht des Niessbrauchers. Das dürfte jedoch nicht ganz zutreffend sein. Der Quasi-usu-fructuar kann allerdings wie jeder andere Niessbraucher zu Gunsten des Bestellers auf sein Eigentumsrecht verzichten. Dieser Verzicht lässt aber das zwischen ihm und dem Besteller bestehende Schuldverhältnis auf Wertersatz unberührt. Zur vollständigen Beseitigung des Rechtsverhältnisses wäre demnach zum mindesten noch ein weiterer Verzicht des Bestellers, der als Schulderlass aufzufassen wäre, erforderlich.

Die Frage, ob der Niessbrauch im weiteren Sinne als ein rein dingliches[2]) oder obligatorisches Rechtsverhältnis[3]) aufzufassen ist, oder ob er, wie Windscheid[4]) für das römische Recht annimmt, beiderlei Rechtsbeziehungen in sich vereinigt, ist auch im heutigen Recht noch sehr bestritten. Meines Erachtens kann es sich hierbei nur um ein dingliches Recht handeln. Jedenfalls lässt sich die Ansicht Windscheids nicht aufrecht erhalten. Es gibt eine ganze Anzahl von dinglichen Rechten und Rechtsverhältnissen, mit denen der Gesetzgeber obligatorische Rechtsbeziehungen verbindet. Das vermag aber nichts an der Tatsache zu ändern, dass auch diesen obligatorischen Beziehungen ein dingliches Recht zu Grunde liegt. Ich will z. B. nur daran erinnern, dass neben der rei vindicatio dem Eigentümer auch die obligatorische condictio possessionis verbleibt, und dass gemäss § 1223 B. G. B. auch der Pfandgläubiger zur Rückgabe das Pfandes gesetzlich — im römischen Recht sogar vertraglich — verpflichtet ist. Es wird aber wohl niemand behaupten wollen, dass deshalb das Pfandrecht ein nur zum Teil dingliches, zum Teil ob-

[1]) Cosack Bd. 2, S. 189. Buhl a. a. O. 105; a. M. Planck zu § 1067.

[2]) So Glück IX S. 390.

[3]) Elvers S. 578, Hanausek S. 19.

[4]) Windscheid, Band. § 206, S. 929 Anm. 4 a: „Seiner juristischen Form nach ist der quasi usus fructus eine Verbindung von Eigentum und Obligation."

ligatorisches Recht sei. Das Gleiche hat dann auch trotz § 1067 m. E. für den Niessbrauch zu gelten.[1])

Das gesetzliche Schuldverhältnis entsteht immer zwischen dem Niessbraucher und dem Besteller (nicht Eigentümer) mag er selbst Eigentum gehabt, oder fremde Sachen erlaubt oder unerlaubt übertragen haben. Er ist in jedem Falle Gläubiger des Rückgewähranspruchs, der Inhalt der Rückgewährpflicht ist ausdrücklich dahin geregelt, dass dem Besteller bei Beendigung des Niessbrauchs der Wert zu ersetzen ist, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten, „weil andernfalls der zurück zu gewährende Wertbetrag in Abhängigkeit treten würde von zufälligen Umständen, dem Sinken und Steigen des Preises.“[2]) Es ist demnach jegliches Recht des Bestellers auf Rückgabe in natura oder des etwa noch vorhandenen Restes ausgeschlossen. Endigt also der an 100 Stück Zigarren im Werte von 10 Mark bestellte Niessbrauch infolge des plötzlichen Todes des Niessbrauchers sehr bald, so hat der Besteller keinen Anspruch auf die noch nicht verrauchten Zigarren, mag die Kiste auch noch unangebrochen sein; die Erben sind nur zur Erstattung der 10 Mk. verpflichtet.[3]) Andererseits kann der Niessbraucher sich nicht durch Zurückgabe der Niessbrauchsache befreien. Sowohl der Besteller als auch der Niessbraucher kann den Wert der Sachen auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen (Abs. 1 Satz 2).

---

[1]) Gierke a. a. O. bezeichnet analog dem österr. Recht (§ 510 „Verbrauchbare Sachen sind an sich selbst kein Gegenstand des Gebrauchs oder der Fruchtniessung, sondern nur ihr Wert) den Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen als Niessbrauch „am Wert der Sache.“ M. E. ist damit sein Wesen sehr wenig charakterisiert. Es liegt vielmehr darin, wie Eneccerus treffend bemerkt, nur eine Schilderung seiner wirtschaftlichen Funktion.

[2]) Motive Bd. 3. S. 563; das Gesetz hat damit die als unbillig empfundene facultas alternativa des römischen Rechtes beseitigt.

[3]) Vergl. hierzu Müller-Meickel, das bürgerliche Recht Band 1, Seite 563/564; Meisner, Kommentar zum B. G. B., Bd. 3, S. 186.

Ist der Anspruch auf Ersatz des Wertes gefährdet (nicht erheblich gefährdet wie in § 1051), so kann der Besteller Sicherheitsleistung verlangen (Abs. 2). Besteht eine Gefährdung schon in dem Zeitpunkt, wo die Niessbrauchsbestellung pflichtgemäss zu geschehen hat, so kann der Eigentümer die Bestellung verweigern, bis ihm die gebührende Sicherheit geleistet wird. Es steht ihm das Zurückbehaltungsrecht des § 173 zu.

Es muss nun noch besonders auf die dispositive Natur der Rechtsregel des § 1067 hingewiesen werden. Sie kann durch Parteivereinbarung beliebige Abänderungen erfahren. So können die Beteiligten z. B. auch auf verbrauchbare Sachen die Vorschriften über den Niessbrauch an nichtverbrauchbaren Sachen Anwendung finden lassen, soweit ein solcher ohne Vernichtung der Substanz durchführbar ist (ad pompam vel ostentationem). Im übrigen aber muss man der Auffassung Dernburgs[1]) beitreten, wenn er in dem Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen „keinen Niessbrauch, sondern ein eigenartig beschränktes Nutzungsrecht sieht." Auf den Niessbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen können ferner die Regeln des § 1067 Anwendung finden.[2]) Möglich ist weiter, zunächst einen gewöhnlichen Niessbrauch zu bestellen, hinterher aber dem Niessbraucher zu gestatten, die Sachen zu verbrauchen. Es gelten dann — wie beim alternativirregulären Verwahrungsvertrage — von dem Momente an, in dem sich der Berechtigte die Niessbrauchssachen aneignet, die Regeln des uneigentlichen Niessbrauchs.[3]) Ebenfalls kann vereinbart werden, der Niessbraucher solle nicht Eigentümer der verbrauchbaren Sachen werden, sondern nur ein Verfügungsrecht an ihnen erlangen.[4]) Eine solche Regelung wird beim Niessbrauch

[1]) Dernburg a. a. O. § 249, Anm. 1.

[2]) Crome, Bd. 3, § 438, S. 532: „Die subjektive Verbrauchbarkeit steht der objektiven gleich."

[3]) Crome, Bd. 2 § 438, S. 533.

[4]) Wie es z. B. bei der ehelichen und väterlichen Nutzniessung vom Gesetz vorgeschrieben ist.

an einem Inbegriff, dessen bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung besteht, häufig dem Parteiwillen entsprechen. Im Allgemeinen kommen ja, da die einzelnen Substrate eines stetem Wechsel unterworfenen Inbegriffs als verbrauchbar gelten, für den Niessbrauch an solchem Inbegriff die Vorschriften über den Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen zur Anwendung mit der Wirkung, dass der Niessbraucher Eigentümer der zum Inbegriff gehörenden Warenstücke wird gegen die Verpflichtung, den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten. Beim Niessbrauch an einem Warenlager, dessen Umsatz eine längere Zeit erfordert, ist, nun wo möglich bei Beendigung des Niessbrauchs ein grösserer Teil der bei Beginn des Niessbrauchs übernommenen Waren noch unabgesetzt. Hier würde, wie Kohler[1]) mit Recht betont, den Absichten der Parteien und den Zwecken des Niessbrauchs schwerlich gedient sein, wenn der Niessbraucher Eigentümer der wertvollen Sachen würde und nur zum Wertersatz verpflichtet wäre,[2])[3]) zumal, wenn es sich um einen Inbegriff wertvoller Stücke z. B. eine Gemäldehandlung handelt. Kraft der dispositiven Natur des § 1067 verwandelt der eigentliche Niessbrauch sich ohne besondere Vereinbarung in einen uneigentlichen, wenn die Niessbrauchssache bei der Bestellung nicht verbrauchbar war, während des Niessbrauchs aber unverbrauchbar wird, „z. B. wenn eine metallene Statue schmilzt oder ein Tier stirbt.“ Man wird hier den späteren Eigentumserwerb, der in dem Zeitpunkt eintritt, wo die unverbrauchbare Sache zur verbrauchbaren wird, mit Crome[4]) auf den ursprünglichen Begründungsvertrag zurückführen und annehmen müssen, das eventuell

[1]) Kohler, in Iherings Jahrbücher Bd. 24, S. 233 ff.

[2]) Ohne besondere Abrede ist aber die Rückgabe des Restes eines Warenlagers oder auch des ganzen Warenlagers ausgeschlossen; denn der Niessbraucher ist aus sich weder berechtigt noch verpflichtet, Sachen gleicher Art und Güte zurückzugeben.

[3]) Vergl. auch § 1035 B. G. B.

[4]) Crome, a. a. O. S. 533.

auch der uneigentliche Niessbrauch zugewendet werden wollte. Es steht auch dem Besteller des Niessbrauchs frei, sich schon bei der Bestellung eine Sicherung auszubedingen. Die Bestimmungen des § 1067 gelten also samt und sonders nur für den Fall, dass die Parteien nichts Gegenteiliges vereinbart haben.

b) Niessbrauch an Forderungen auf Leistung verbrauchbarer Sachen.[1])

Auch beim Niessbrauch an Rechten, insbesondere Forderungsrechten und Rechten aus Wertpapieren sowie beim Niessbrauch an einem Vermögen spielen die verbrauchbaren Sachen eine Rolle.

Der Niessbraucher einer unverzinslichen Forderung ist zu ihrer Einziehung, und wenn die Fälligkeit von einer Kündigung des Gläubigers abhängt, zur Kündigung berechtigt. Er hat für die ordnungsmässige Einziehung zu sorgen. Zu anderen Verfügungen über die Forderungen ist er nicht berechtigt (§ 1074). Mit der Leistung des Schuldners an den Niessbraucher erwirbt der Niessbraucher nur den Niessbrauch an dem Gegenstande, während das Eigentum daran auf den Besteller des Niessbrauchs, d. h. auf den Gläubiger der Forderung, übergeht (§ 1075 Abs. 1)

Wenn aber die Leistung in verbrauchbaren Sachen besteht, so erwirbt der Niessbraucher durch das Erfüllungsgeschäft vorbehaltlich des späteren Wertersatzes das Eigentum an den geleisteten Sachen.[2]) Durch die Leistung verwandelt sich der Forderungsniessbrauch in einen Sachniessbrauch und an verbrauchbaren Sachen gibt es im Zweifel nur einen uneigentlichen Niessbrauch, es finden darum von nun ab die Regeln des § 1067 entsprechende Anwendung. (§ 1075 Abs. 2). Der Forderungsniessbrauch als solcher ist also noch kein uneigentlicher Niessbrauch.

[1]) Ohne Unterschied, ob die Forderung von vorneherein auf Leistung verbrauchbarer Sachen begangen ist, oder erst nachträglich, weil z. B. Schadensersatz zu leisten ist.

[2]) Pr. Landrecht, I, 21 §§ 101—109; sächs. Gesetzb. §§ 625—628.

Wesentlich anders ist die Stellung des Niessbrauchers bei verzinslichen Forderungen. Hier hat der Niessbraucher ein freies Verfügungsrecht nur bezüglich der Zinsen. Dagegen müssen bei einer Verfügung über das Kapital Gläubiger und Niessbraucher, ähnlich wie bei einem Gesamtpfandverhältnisse (§ 432) zusammenwirken. Wird ihnen gemeinsam geleistet, so erlangen sie jedenfalls Mitbesitz, nicht aber Miteigentum, denn das Kapital wird niemals Gegenstand des Niessbrauchs, es ist vielmehr wiederum verzinslich anzulegen und der Niessbrauch daran von neuem zu bestellen. (§ 1077—1079).

Sind Inhaber- oder Ordrepapiere, die mit Blanko-Indossament versehen sind, Gegenstand des Niessbrauchs, so steht der Besitz des Papiers und des zum Papiere gehörenden Erneuerungsscheines dem Niessbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich zu. Gehören aber solche Papiere nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen, so bewendet es wiederum bei den Vorschriften des § 1067. Der Niessbraucher erlangt das Eigentum an den Papieren, demnach auch Alleinbesitz. Es ist auch hier wiederum zu beachten, dass Inhaber- und Ordrepapiere vermöge ihrer Zugehörigkeit zu einem Warenlager, als verbrauchbar gelten können. (§ 1081—83).

c) Verbrauchbare Sachen beim Niessbrauch an einem Vermögen.

Nach § 1085 kann der Niessbrauch an dem Vermögen einer Person nur in der Weise bestellt werden, dass der Niessbraucher den Niessbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt. Der Niessbrauch am Vermögen ist deshalb kein einheitliches Rechtsverhältnis, sondern eine Summe verschiedener Niessbrauchsrechte. Er ist teils Sachniessbrauch, teils Rechtsniessbrauch und insoweit verbrauchbare Sachen zu dem Vermögen gehören, uneigentlicher Niessbrauch. Jedes dieser einzelnen Niessbrauchsrechte ist nach seinen besonderen Regeln zu beurteilen.

Besondere und gemeinsame Vorschriften gelten aber für die Befriedigung der Gläubiger aus dem dem Niessbrauch unterworfenen Vermögen. Nach § 1086 Satz 1 gilt die Regel, dass die Gläubiger des Bestellers, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung [1]) entstanden sind, ohne Rücksicht auf den Niessbrauch, Befriedigung aus den dem Niessbrauch unterliegenden Gegenständen, verlangen können. Hat nun der Niessbraucher gemäss der §§ 1067, 1075 Abs. 2 oder 1084 den Wert der in sein Eigentum übergegangenen verbrauchbaren Sachen dem Niessbrauchsbesteller zu ersetzen, so tritt dieser Ersatzanspruch kraft Gesetzes, also ohne dass es einer gerichtlichen Überweisung bedarf, an die Stelle der Sache. Ferner gilt hier abweichend von den Bestimmungen des § 1067 die Besonderheit, dass der Niessbraucher den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Ersatz verpflichtet ist. [2])

Der Niessbraucher ist aber auch dem Besteller gegenüber verpflichtet, ihm die zur Erfüllung einer fälligen Verbindlichkeit erforderlichen Gegenstände, z. B. bei Geldschulden die zur Deckung erforderlichen Geldmittel zurückzugeben. Er kann auch selbst die Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllen; unter Umständen kann er sogar Vermögensstücke veräussern, um aus deren Erlös den geschuldeten Gegenstand zu beschaffen. (§ 1087). Es ist aber vom Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass er, soweit für ihn eine Verpflichtung zum Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen besteht, eine solche Veräusserung nicht vornehmen darf.

§ 19. 8. Verbrauchbare Sachen bei der ehemännlichen Nutzniessung.

Von ebenso erheblicher Bedeutung ist der Begriff der Verbrauchbarkeit bei der familienrechtlichen Nutzniessung.

[1]) Nach der Niessbrauchsbestellung entstandene Forderungen berechtigen nicht zur Vollstreckung in das dem Niessbrauch unterliegende Vermögen, eventuell Widerspruchsklage aus § 771 Z. P. O.

[2]) Vergl. hierzu Z. P. O. § 137 und 738.

Bei dem gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutzniessung kann der Ehemann auf Grund des ihm kraft Gesetzes zustehenden Nutzniessungsrechtes die Nutzungen des von der Frau eingebrachten Vermögens ziehen und für sich verwenden. Da nun zu den Nutzungen auch die Vorteile des Gebrauchs der im eingebrachten Frauenvermögen befindlichen Sachen gehören, so bedurfte es auch hier einer besonderen Bestimmung über die Befugnisse des Nutzungsberechtigten gegenüber den verbrauchbaren Sachen. Eine entsprechende Regelung wie in § 1067 würde das Vermögen der Frau zu sehr gefährdet haben, da der Mann ohne weiteres in der Lage gewesen wäre, es in verbrauchbare Sachen umzusetzen und die so in sein Eigentum gelangenden Sachen seinen Gläubigern auszuliefern. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat darum in durchaus abweichender Normierung von seinen Vorläufern, die durchweg den Niessbrauch des Mannes an verbrauchbaren Sachen als uneigentlichen Niessbrauch behandelten,[1]) von dieser Regelung Abstand genommen; es ist aber dem nämlichen Zweck durch Erweiterung des ehemännlichen Verwaltungsrechtes voll und ganz gerecht geworden. Während nämlich im allgemeinen das Verwaltungsrecht des Mannes nicht die Befugnis umfasst, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung zu verfügen (§ 1375), ist dieser Grundsatz bezüglich der verbrauchbaren Sachen durchbrochen. Denn nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1376 Ziff. 1 kann der Mann über Geld und andere verbrauchbaren Sachen „ohne Zustimmung der Frau“ verfügen. So ist der Mann beispielsweise „zu beliebiger Verfügung über ein der Frau geschenktes Fass Wein befugt.“[2]) Mit dieser Be-

[1]) Allgem. Landrecht II 1 § 231, I 21 § 173. Code civil Art. 1532 21 21 und 2135. österr. Gesetzbuch § 1227, 301, sächs. Gesetzbuch § 1688, 623.

[2]) Das Beispiel von Cosack a. a. O. § 295 ist natürlich nur für den Fall richtig, dass das Fass Wein nicht Vorbehaltsgut der Frau sein soll.

stimmung ist gleichzeitig die Vorschrift des § 1067 unanwendbar geworden, weil die dort behandelte Materie — der Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen — für die eheliche Nutzniessung in § 376 Ziffer 1, besonders geregelt ist.

Da somit der Ehemann auch ohne diesen Eigentumsübergang kraft seines Verwaltungsrechtes in der Lage ist, die verbrauchbaren Sachen sich nutzbar zu machen, so liegt kein zwingendes Bedürfnis mehr vor, kraft der ehelichen Nutzniessung das Eigentum der verbrauchbaren Ehegutssachen auf den Ehemann übergehen zu lassen, und demselben eine zweckentsprechende Nutzung dieser Sachen zu ermöglichen.[1])

Dem Ehemann aber auch die freie Verfügung hinsichtlich der nicht verbrauchbaren Mobilien einzuräumen, wie es das allgemeine Landrecht[2]) tat, hätte diesen wiederum zu unbeschränkt und unabhängig von der Frau in seinem Verwaltungsrecht gemacht. Die Verfügungsfreiheit des Mannes ist darum, den Forderungen der Zeit entsprechend, auf die verbrauchbaren Sachen beschränkt worden. Wollte man auch den Mann bei diesen Sachen immer erst an die Zustimmung der Frau fesseln, so würde seine Verwaltungsbefugnis bei dem zum grössten Teile aus verbrauchbarer Habe bestehendem Eingebrachten fast zu einem Nichts zusammenschrumpfen. Die Freigabe der Verfügungsbefugnis in Ansehung der zum Verbrauch oder zum Umsatz bestimmten Vermögensbestandteile war daher im Interesse einer grösseren Bewegungsfreiheit des Mannes geboten.

Immerhin sind dieser freien Verfügungsmacht des Mannes durch den § 1377 gewisse Schranken gezogen. Der Mann soll nämlich Verfügungen, zu denen er ohne Zustimmung der Frau befugt ist, nur insoweit vornehmen, als die ordnungsmässige Verwaltung des Eingebrachten es erfordert (Absatz 1). Das zum eingebrachten Gut gehörende Geld hat der Mann nach den für die Anlegung

[1]) Motive § 1294.

[2]) Allgemeines Landrecht II 8, § 247.

von Mündelgeld geltenden Vorschriften für die Frau verzinslich anzulegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Auslagen bereit zu halten ist (Absatz 2). Trifft der Mann eine ausserhalb dieses Rahmens liegende Verfügung, oder verstösst er gegen die Regeln über Anlegung von Kapitalien, so macht er sich der Frau für den hierdurch entstehenden Schaden verantwortlich. (§ 1359).

Andere verbrauchbare Sachen als das zum eingebrachten Gut gehörende Geld darf der Mann auch für sich veräussern oder verbrauchen, d. h. „durch faktische, eigener Bedürfnisbefriedigung dienende Benutzung dem ökonomischen Untergang zuführen.“ [1]) Die im Verhältnis zu Dritten unbeschränkte Verfügungsmacht des Mannes soll also in Ansehung dieser Sachen auch für das Verhältnis der Ehegatten zueinander an keine der durch die Ordnungsmässigkeit der Verwaltung gesetzten Schranken gebunden sein. Vertrinkt also der Mann das der Frau geschenkte Fass Wein mit seinen Freunden oder raucht er täglich teure kubanische Importen aus ihrem Zigarrengeschäft, so liegt kein Missbrauch des Verwaltungsrechtes, der ihn zum Schadenersatz verpflichten könnte, vor.

Es trifft ihn vielmehr lediglich die Verpflichtung, den Wert dieser im eigenen Interesse verwendeten Sachen nach der Beendigung der Verwaltung und Nutzniessung zurückzuerstatten. Der Ersatz ist jedoch schon vorher zu leisten, wenn die ordnungsmässige Verwaltung des eingebrachten Gutes es erfordert (§ 1377 Abs. 3 Satz 2). Ist die Frau demnach bei Deckung ihrer Geschäftsschulden in augenblicklicher Geldverlegenheit, so kann sie baldige Werterstattung verlangen, um ihre Gläubiger zu befriedigen; das verlangt die Ordnungsmässigkeit der Verwaltung, denn sonst müsste die Frau zur Tilgung ihrer Verbindlichkeiten ein Darlehen aufnehmen und sich überdies mit der Zinspflicht belasten. Auch sonstwie fordert die ordnungsmässige

[1]) Staudinger § 1377; eine Verfügung im Rechtssinne ist in der Verbrauchshandlung nicht enthalten (Staudinger § 1377 3b und 1375 3).

Verwaltung früheren Wertersatz, wenn die verbrauchten Gegenstände notwendige Betriebsmittel des eingebrachten Gutes sind. Den Gläubigern der Frau gegenüber ist der Mann sogar immer zum sofortigen Ersatz der für sich verbrauchten Sachen verpflichtet. (§ 1411 Abs. 2).

Sind die der Frau aus der Verwaltung und Nutzniessung des Mannes zustehenden Ansprüche auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen erheblich[1]) gefährdet, so kann die Frau von dem Manne Sicherheitsleistung verlangen (§ 1391 Abs. 2). Diese Bestimmung bezweckt nicht nur, wie es nach dem Wortlaut („zustehenden") scheinen mag, die Sicherung der bereits entstandenen, sondern ausweislich der Protokolle und Motive auch die noch entstehenden Ansprüche der Frau auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen. Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen der Mann zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist, so kann die Frau verlangen, dass der Mann die zum eingebrachten Gute gehörenden Inhaberpapiere nebst den Erneuerungsscheinen in Sperrdepots niederlegt. Eine Ausnahme von dieser Hinterlegungspflicht besteht nur für diejenigen Inhaber- und in blanko girierten Orderpapiere, die nach § 92 Abs. 1 oder 2 zu den verbrauchbaren Sachen gehören. Diese Papiere sollen als unentbehrliche Verkehrsmittel durch Unterbringung bei einer Hinterlegungsstelle nicht dem Verkehr entzogen werden. Schlimmstenfalles kann die Frau, wenn die oben bezeichneten Voraussetzungen vorliegen, auch auf Aufhebung der Verwaltung und Nutzniessung klagen[2]) (§ 1418).

Diese Sicherungsmittel, die unser Gesetz wegen der etwaigen Ersatzgefährdung vorsieht, gewähren der Frau

[1]) Die Erheblichkeit der Rechtsverletzung beurteilt sich einzig nach der Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung der Frau (R. G. Bd. 60, 137). Der Umstand, dass der Mann Gelder der Frau nicht mündelsicher angelegt hat, begründet noch kein Recht auf Sicherheitsleistung, besonders nicht, wenn die Frau einer abweichenden Anlegung zugestimmt hat. R. G. Bd. 65 S. 172.

[2]) Das ist wohl der praktisch wichtigste Fall des § 1418.

ausreichenden Schutz gegenüber dem freien Verfügungsrechte des Mannes.[1])

a) Verfügungs- und Verbrauchsrecht des Mannes.

Die Ersatzansprüche und demnach auch die eben erwähnten Sicherungsmittel stehen der Frau jedoch nur zu, wenn der Mann verbrauchbare Sachen des eingebrachten Gutes tatsächlich nur „für sich" verwendet hat. Es ist darum in jedem Falle einer Verfügung des Mannes zu prüfen, ob er sie im eigenen oder im gleichzeitigen Interesse der Frau getroffen hat, und hierfür ist es notwendig, dass die Absicht des Mannes, für sich zu verbrauchen, in einer für die Frau erkennbaren Weise dargetan wird. In den Fällen eines praktischen eigener Bedürfnisbefriedigung dienenden Verbrauchs, tritt diese Absicht unzweideutig hervor; aber auch bei dem Verbrauch durch Veräusserung wird sie sich in der Regel schon aus den Umständen ergeben. Wenn z. B. der Mann durch Hingabe anderer verbrauchbarer Sachen als Geld eigene Verbindlichkeiten tilgt, so tritt eine endgültige Befreiung des Mannes von der alten Schuld ein, nicht etwa ein Übergang der Forderung der befriedigten Gläubiger in das Vermögen der Frau).[2] Abgesehen gerade von diesen und ähnlichen Fällen wird durch die Veräusserung etwas erlöst, und zwar wird es sich hierbei immer um einen Erlös handeln, der mit Mitteln des eingebrachten Gutes gemacht worden ist. Falls nun der Mann etwa nicht den Willen hat, trotz der Verwendung von Mitteln des eingebrachten Gutes n i c h t für Rechnung des Eingebrachten zu erwerben, so geht das Erlangte kraft des durch die Bestimmungen der §§ 1380 und 1381 zur

[1]) Vgl. Das römische Recht, Das Allg. Landr. (II, 1 §§ 254, 255), Code civil (Art. 2131, 2135, 2), sächs. Gesetzb. (§ 390) wo der Frau wegen ihres Ersatzanspruchs ein gesetzl. Pfandrecht am Vermögen des Mannes bezw. das Recht, die Eintragung einer sog. Kautionshypothek zu verlangen, zusteht.

[2]) Staudinger zu § 1377.

Anwendung gebrachten Surrogationsprinzips unmittelbar in das Eigentum der Frau über, und zwar vollzieht sich der Eigentumserwerb ohne Rücksicht darauf, ob der Mann im eigenen Namen oder im Namen der Frau gehandelt hat. Das trifft auch für verbrauchbare Sachen zu; denn Gegenstand der Surrogation sind alle beweglichen Sachen ohne Unterschied von Verbrauchbarkeit oder Unverbrauchbarkeit.

Wir sehen also, wenn das Gesetz dem Manne auch nicht das Eigentum an dem im eingebrachten Vermögen befindlichen verbrauchbaren Sachen zugesprochen hat, so ist es doch durch weitgehendste Ausgestaltung der Verfügungsbefugnis den Anforderungen des Lebens gerecht geworden.

„In Wahrheit ist aber auch die Verfügung des Mannes über verbrauchbare Sachen nichts anderes als eine Verfügung über das an ihr bestehende Eigentum. Denn wenn der Mann über verbrauchbare Sachen verfügt, so verfügt er darüber als über fremde Sachen; er macht, ohne selbständiges Eigentum gehabt zu haben, den Erwerber zum Eigentumsnachfolger der Frau. Er verfügt kraft Verfügungsrechtes, sodass es auf Gutgläubigkeit des Erwerbers nicht ankommt."[1])

Abgesehen von der dem Manne durch § 673 Ziffer 3 eingeräumten Befugnis kann er nicht über Forderungen der Frau, insbesondere auch nicht über Forderungen auf Leistung verbrauchbarer Sachen verfügen.[2]) Geldforderungen kann er demnach ohne Zustimmung der Frau nicht kündigen, einziehen, abtreten oder verpfänden. Über

[1]) Enneccerus, Erl. zu § 1377.

[2]) Motive § 1294 „Die Ausschliessung der Vorschriften über den Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen von der Anwendung auf die zum Ehegute gehörenden verbrauchbaren Sachen muss konsequent dahin führen, dass auch die Vorschriften über den Niessbrauch auf Leistung verbrauchbarer Sachen von der Anwendung auf die eheliche Nutzniessung an derartigen Forderungen auszuschliessen sind.

den geleisteten Gegenstand kann er dagegen wiederum verfügen. „Da aber der Mann auch dadurch verfügen kann, dass er den der Frau zustehenden Herausgabeanspruch abtritt (§ 931), so ist ihm damit eine bestimmte Verfügung über diesen Herausgabeanspruch erlaubt.“[1]) Enneccerus aber behält m. E. ebenfalls Recht, wenn er darüber hinaus dem Ehemann das Verfügungsrecht auch über andere dingliche Ansprüche erteilt.

Natürlich lässt die dispositive Natur der Vorschriften von §§ 1376 und 1377 im allgemeinen eine vertragsmässige Abweichung zu. So können die Ehegatten vereinbaren, dass bezüglich der verbrauchbaren Sachen die Regeln des § 1067 zur Anwendung kommen sollen, oder dass sich das freie Verfügungsrecht des Mannes auch auf andere als verbrauchbare Sachen erstrecken soll. Mit Zustimmung der Frau kann der Mann das Geld auch auf andere Weise anlegen,[2]) oder es für seine Zwecke verwenden. Gerade letzteres ist, wie Dernburg[3]) richtig bemerkt, in den meisten Fällen eine soziale Notwendigkeit, weshalb der Mann die Zustimmung der Frau fast immer zu gewinnen sucht.[4])

b) Verfügungsrecht des Mannes an einem zum eingebrachten Gut gehörenden Erwerbsgeschäft.

Für den Fall, dass sich zur Zeit der Eheschliessung ein Erwerbsgeschäft im Vermögen der Frau befindet, hat das Gesetzbuch keine besondere Vorschriften gegeben. Es muss darum hier untersucht werden, ob und inwieweit das selbständige Verfügungsrecht des Mannes sich auf die

---

[1]) Enneccerus, Erläuterung zu § 1377.

[2]) Die Anlegung der Gelder durch den Mann bei sich selbst ist „kontrahieren mit sich selbst“ und daher gemäss § 181 ebenfalls nur mit Zustimmung der Frau zulässig.

[3]) Dernburg 4 § 73; S. 157.

[4]) Die Zustimmung der Frau, dass der Mann ihr eingebrachtes Gut für seine Zwecke verwendet, enthält nicht notwendig einen Verzicht der Frau. Im Zweifel wird der Mann ihr Schuldner. R. G. Bd. 65, S. 174.

Gegenstände eines zum Vermögen der Frau gehörenden Erwerbsgeschäftes erstreckt.

Einem von der Frau vor ihrer Verheiratung betriebenen Erwerbsgeschäfte kann mit ihrer Verehelichung ein verschiedenes Los beschieden sein: die Frau kann es selbständig fortführen, sie kann auch die Fortführung ihrem Manne in seinem oder ihrem Namen überlassen. In beiden Fällen sind die sich ergebenden Konsequenzen verschieden.

Namentlich der Fall, dass die Frau ihr Geschäft selbständig fortführt, bietet Schwierigkeiten und hat in der Literatur zu dem interessanten Streit geführt, ob ein vor der Verheiratung von der Frau betriebenes und selbständig von ihr fortgesetztes Erwerbsgeschäft nach dem gesetzlichen Güterrechte zu ihrem eingebrachten Gute oder zum Vorbehaltsgute gehöre. Natürlich ist das für die hier zu erörternde Frage von allergrösster Bedeutung, denn nur, wenn man annimmt, dass das Erwerbsgeschäft zum eingebrachten Gut gehört, steht dem Manne das sich aus § 1376 Ziffer 1 ergebende Verfügungsrecht über die in ihm enthaltenen verbrauchbaren Sachen zu. Betrachtet man dagegen das in dem Erwerbsgeschäfte bereits angelegte oder der Ehefrau seitens des Mannes zum Beginn eines Erwerbsgeschäftes nach Eheabschluss überlassene Vermögen als Vorbehaltsgut, so steht dem Manne dieses Verfügungsrecht nicht zu; denn das Verfügungsrecht ist nur ein Ausfluss des Verwaltungsrechtes des Mannes. An dem Vorbehaltsgut ist aber das Verwaltungsrecht kraft Gesetzes ausgeschlossen.

Es ist kein Zweifel daran, der § 1367 bestimmt es ja ausdrücklich, das Vorbehaltsgut ist, was die Frau durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt. Unerheblich ist, ob sie dies selbst tut oder durch Gehilfen. Diese Vorschrift bezieht sich aber nur auf den während der Ehe gemachten Erwerb. Die Reinerträge also, die das Unternehmen seit Beginn der Ehe abwirft, sowie die nach Eheabschluss für den selbständigen Betrieb von der

Frau angeschafften Waren und Inventarstücke werden kraft Gesetzes Vorbehaltsgut. Das wird wohl von keiner Seite bestritten. Bestritten ist nur, ob die dem selbständig fortgesetzten oder nach Eingehung der Ehe begonnenen Unternehmen dienenden Gegenstände, (das mit dem Erwerbsgeschäft oft verwechselte Geschäftsvermögen oder Betriebskapital wie Geld, Waren und Inventar) Vorbehaltsgut sei.

Die Literatur ist teils absolut gegen, teils absolut für den Vorbehalt dieser Gegenstände. Auch eine mittlere Meinung ist vertreten, die dann Vorbehaltsgut annimmt, wenn der Mann seine Einwilligung zu dem selbständigen Betriebe des Erwerbsgeschäftes erteilt hat.[1]) Die Vertreter der ersten Ansicht, namentlich Planck, meinen, da es an Sonderbestimmungen fehle, seien die allgemeinen Grundsätze über die vermögensrechtlichen Folgen der Eheschliessung auch hier zur Anwendung zu bringen. Wenn die Frau das Erwerbsgeschäft selbständig fortführe und hierzu das darin begriffene Vermögen benutzen wolle, so bedürfe sie, da das gedachte Vermögen — soweit es sich nicht um Arbeitsgeräte handele (§ 1362) — eingebrachtes Gut sei, der Einwilligung des Mannes.[2]) Erteile der Mann seine Einwilligung, so würden damit die fraglichen Gegenstände keineswegs zu Vorbehaltsgut — hierzu wäre ein Ehevertrag erforderlich —, sie blieben vielmehr eingebrachtes Gut und der Mann erhielte daran alle Rechte,

[1]) Dafür ist Dernburg, Bürgerliches Recht Band 4 S. 125—131, dessen Aufsatz in der Deutschen Jur. Zeitung 1902 S. 465; Hachenburg, das B. G. B. Vorträge S. 391; Düringer-Hachenburg H. G. B. Bd. 1 S. 27; dagegen Planck Erläuterung No. 3 zu § 1367; Staudinger zu § 1367; Cosack Bürgerl. Recht II S. 526; die mittlere Ansicht vertritt Enneccerus B. G. B. Bd 4 § 46, S. 167; Crome 4, § 572 S. 279; Schefold, Deutsche Jur. Ztg. 1905 S. 739; Archiv f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 143 ff.

[2]) Es handelt sich hier um die Einwilligung, deren die Frau bedarf, um das von ihr eingebrachte Vermögen den Zwecken des Erwerbsgeschäftes dienstbar zu machen und dem Zugriff ihrer Gläubiger zu unterwerfen — im übrigen bedarf die Frau zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes nicht der Zustimmung des Mannes.

welche er an dem eingebrachten Gute habe. In dieser Einwilligung, liege aber in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung des Mannes die Zustimmung zu allen Verfügungen über das fragliche Vermögen, welche der Betrieb des Erwerbsgeschäftes mit sich bringe, insbesondere ergebe sich daraus für die Frau die Befugnis, die dazu gehörigen Waren zu veräussern. Solange aber die Frau nicht verfügt habe, sei auch der Mann gemäss § 1376 Ziffer 1 in Ansehung der verbrauchbaren Sachen des Erwerbsgeschäftes frei verfügungsberechtigt. Habe aber die Frau, solange die Einwilligung des Mannes bestehe, über die Gegenstände verfügt, so seien diese damit aus dem eingebrachten Gute ausgeschieden und der Frau käme der Gewinn zu. Der Mann könne auch die Einwilligung zu dem Betrieb des Erwerbsgeschäftes jeder Zeit ganz oder teilweise insoweit zurückziehen, als darin zugleich die Einwilligung zu Verfügungen der Frau über die fraglichen Gegenstände liege. Er könne diese also jeder Zeit wieder in eigene Verwaltung und Nutzung nehmen.

Diese herrschende Ansicht wird von den Vertretern der entgegengesetzten Meinung als „praktisch unerträglich" zurückgewissen, weil der Mann in dem Falle kraft der ihm zustehenden Nutzniessung und Verwaltung jeden Moment in den Geschäftsbetrieb eingreifen und ihn stören könne. Das stimme aber schlecht zu dem Geiste des Gesetzes, das die Frau unabhängig machen wolle vom Belieben des Mannes. Ferner würde, wenn der Warenumlauf eine Zeit lang vor sich gegangen sei, kaum festzustellen sein, welche Gegenstände *vor* der Ehe erworben und deshalb eingebrachtes Gut, und welche *nach* der Ehe erworben und deshalb Vorbehaltsgut seien. „Das Geschäftsinventar werde also in buntem Gemenge vorbehaltene und eingebrachte Gegenstände enthalten." [1]) Diesen Unzuträglichkeiten könne man leicht dadurch aus dem Wege gehen,

[1]) Cosack Handelsrecht S. 56; vergl. auch Staub, Kommentar z. H. G. B. S. 30 Anm. 72.

dass man den Worten des § 1366 „die ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch der Frau dienenden Sachen“ einen weiteren Sinn gebe und sie auf alle Gegenstände beziehe, deren „die Frau zur Ausübung ihres Berufes oder Erwerbes“ bedürfe. Es sei nicht ersichtlich, weshalb man diese zuerst vorgeschlagene Fassung nicht angenommen habe. Wenn die Frau die Früchte des Erwerbsgeschäftes selbst geniesse, so wäre es ein Widerspruch, die Umlaufsmittel desselben dem Manne zu überlassen. Betreibe also die Frau bei Eingehung der Ehe ein Erwerbsgeschäft, so werde dieses nach § 1366 nicht eingebrachtes Gut; die Bestandteile desselben seien Vorbehaltsgut, wie auch nach § 1376, was sie durch diesen selbständigen Betrieb erwerbe. Zu solchem selbständigen Betriebe bedürfe die Frau auch keineswegs der Einwilligung des Mannes; denn nach § 1354 stehe dem Manne nur die Entscheidung über die das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu. Hierzu gehöre aber die selbständige Fortsetzung des bisher durch die Frau betriebenen Erwerbsgeschäftes keineswegs. Ebenso sei der Fall zu behandeln, dass die Frau während der Ehe den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes beginne und hierzu ihr Vorbehaltsgut verwende. Ihr eingebrachtes Gut könne sie begreiflich nicht ohne Einwilligung des Mannes zur Eröffnung des Erwerbsgeschäftes benutzen. Wenn dagegen der Mann seine Einwilligung dazu erteile, dass seine Frau zur Eröffnung oder Fortsetzung eines selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes eingebrachtes Gut verwende, so mache er dadurch das hierzu verwendete eingebrachte Gut zum Vorbehaltsgut.[1]) Nach dieser Lehre

[1]) Das Oberlandesgericht hat diese Auffassung einer seiner Entscheidungen zu Grunde gelegt (Bd. 32 a 192). Auch das Reichsgericht scheint ihr folgen zu wollen, denn es sagt im Bd. 59 S. 29 „und in der Tat kann kein Zweifel darüber obwalten, dass es sowohl dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs als den Anforderungen der Billigkeit lediglich entspricht, wenn für den gesetzlichen Güterstand des Bürgerl. Gesetzbuches als Vorbehaltsgut alles dasjenige Vermögen betrachtet wird, das der Ehefrau von dem Ehemann zu dem selbständigen Betriebe eines Er-

würde ein sehr erheblicher Teil der verbrauchbaren Sachen der Verfügung des Mannes entzogen und die Bestimmung des § 1376 Ziffer 1 auf einen relativ bescheidenen Umfang beschränkt werden.

Crome als Vertreter der mittleren Meinung hält beide Theorien für unbrauchbar. Die erste sei praktisch unerträglich, die zweite verstosse gegen das Prinzip des Gesetzes, — wonach in erster Linie von dem Rechte des Mannes am Frauengute auszugehen sei — und stelle auch den Mann rechtlos gegen willkürliches Gebahren der Frau. Nur wenn die Frau das Geschäft mit Zustimmung des Mannes führe, könnten die zu dem selbständigen Erwerbsgeschäfte der Frau gehörigen Sachen als zu ihrem persönlichen Gebrauch bestimmt angesehen werden. Schefold gibt für diese Auffassung noch eine nähere Begründung, indem er ausführt: „Nach § 1368 bedarf es eines Ehevertrages, um eingebrachtes Gut in Vorbehaltsgut zu verwandeln. Überlässt aber der Ehemann seiner Frau eingebrachtes Gut zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes, was ohne die Form des Ehevertrages geschehen kann, so entsteht ausnahmsweise Vorbehaltsgut aus eingebrachtem Gut auch ohne Ehevertrag. Verkauft die Frau die Ware, die ihr der Mann zum Geschäftsbetrieb überlassen hat, so wird das Geld, das sie erlöst, zu ihrem Vorbehaltsgute. Wenn sodann das Gesetz die Zustimmung des § 1405 formlos gelten lässt, so muss es derselben auch diejenige Bedeutung und Wirksamkeit zuerkennen, ohne welche die Zustimmung

---

werbsgeschäftes überlassen, insbesondere in einem der Ehefrau bei Beginn der ehelichen Nutzniessung und Verwaltung zustehenden und von ihr mit Einwilligung des Mannes fortgesetzten Erwerbsgeschäfte begriffen ist. In Frage kann nur kommen, ob eine derartige Regelung dem geltenden Recht entspricht und ob sie angesichts der Fassung, die der § 1366 tatsächlich erhalten hat, mit dessen Bestimmung in Einklang zu bringen ist. Es kann und soll indess auf diese Frage gegenwärtig nicht eingegangen und daher nicht erörtert werden, ob die vom Berufungsgericht befolgte Ansicht, wenn auch vielleicht nicht auf § 1366, so doch auf andere Bestimmungen des B. G. B. sich stützen liesse".

unpraktisch und teilweise zwecklos wäre. Es muss dann in der Zustimmung des § 1405 auch zugleich die verbindliche endgültige Erklärung gefunden werden, dass der Mann insoweit, als er das eingebrachte Gut der Frau gemäss § 1405 überlässt, entsprechend auf sein Verwaltungs- und Nutzniessungsrecht verzichtet: Auch dieser Verzicht gilt ohne Form. Dann aber haben wir Vorbehaltsgut: Das der Frau überlassene eingebrachte Gut wird von der Frau zum Nutzen ihres Vorbehaltsgutes verwaltet (§ 1367) und die Verwaltung und Nutzniessung des Mannes ist durch rechtsgültigen Verzicht endgültig ausgeschlossen."

Es ist nicht zu verkennen, dass die herrschende Lehre zu einem praktisch wenig befriedigenden Resultate führt. Trotzdem erscheint es mir nicht angängig, nur um zu einem „einfachen nicht widerspruchsvollem Ergebnisse"[1]) zu kommen, dem Text des Gesetzes einen Sinn unterzuschieben, den die Gesetzgeber keineswegs haben hineinlegen wollen. Gerade um einer zu weiten Auslegung vorzubeugen, hat die Reichstagskommission die zunächst vorgeschlagene Fassung, wonach „die zur Ausübung ihres Berufes und Erwerbes dienenden Gegenstände" Vorbehaltsgut der Frau sein sollten, abgelehnt, und den viel spezielleren Ausdruck „Arbeitsgeräte" gewählt. Es ist aber nicht richtig, heute noch dem Sinne des Entwurfes folgend den Ausdruck Arbeitsgeräte derart ausdehnend zu interpretieren „dass man darunter auch das in einem von der Frau betriebenen Geschäfte angelegte Kapital der Frau verstehe."[2]) Auch ist im allgemeinen das Bestreben, eine möglichst praktische Auslegung des Gesetzes zu finden, nicht von der Hand zu weisen. Es dürfen dabei aber nicht die Grundideen unseres Rechtes erschüttert werden: Der Mann soll der Herr der Ehe sein. Die Lösung Dernburgs und Hachenburgs und die sich praktisch wenig davon unterscheidende Ansicht

[1]) Dernburg a. a. O.

[2]) Arthur Schmidt, Familienrecht S. 192, abgedruckt in d. Jur. Ztg. 1902, S. 466. Staub, H. G. B. S. 30; Planck, Anm. zu § 1362.

Cromes und Schefolds tut dem System der Verwaltungsgemeinschaft einen zu grossen Abbruch, sie ist von zu grosser praktischer Tragweite: Der Mann, der freudig eine reiche Erbtochter heiratet und es sorglos geschehen lässt, dass ihre Fabrik über den Hochzeitstag hinweg auf den Namen der Frau fortbetrieben wird, muss bald zu seiner Betrübnis erkennen, dass er inzwischen zum Kostgänger seiner Frau geworden ist.[1]) Allerdings wird auch die Frau erstaunt sein, wenn sie einige Zeit nach dem Eheabschluss hören muss, dass der Mann sämtliche Waren ihres Lagers in seine Disposition nehmen darf. Sie ist aber einmal der untergeordnete Teil in der Ehe und muss sich gefallen lassen, dass ihr Mann innerhalb gewisser Grenzen sein Verfügungsrecht ausübt. Die Verwaltung des Mannes bleibt aber immer der der Frau untergeordnet; der Mann darf sie daher niemals im Widerspruch mit der Frau ausüben. Gegen die Willkür des Mannes ist die Frau geschützt, wenn man mit Schefold annimmt, dass in der Bewilligung zum Betriebe eines selbständigen Erwerbsgeschäftes zugleich die Eingehung der Verpflichtung des Mannes enthalten sei, solche Verfügungen zu unterlassen, die dem ordnungsmässigen Betriebe zuwiderlaufen. Meines Erachtens ist damit eine beiden Teilen gerecht werdende Lösung gefunden.

Nach der herrschenden Lehre, die grundsätzlich auch in dieser Arbeit vertreten wird, werden also die Bestandteile eines im Vermögen der Frau befindlichen und selbständig von ihr fortgesetzten Erwerbsgeschäftes eingebrachtes Gut. — Gewisse Utensilien können natürlich nach § 1366 Vorbehaltsgut sein. — Die Frau bedarf demnach, soweit hierzu Verfügungen über eingebrachtes Gut erforderlich sind, gemäss §§ 1395 und 1405 zur selbständigen Fortführung des Erwerbsgeschäfts der Einwilligung des Mannes. Die Betriebsmittel des Erwerbsgeschäfts bleiben eingebrachtes Gut, auch wenn der Mann in die Fortführung einwilligt. Ebenso bleiben eingebrachtes Gut die Gegen-

[1]) Beispiel Schefolds, D. Jur. Ztg. 1905 a. a. O.

stände, die der Mann der Frau zum Beginne eines Erwerbsgeschäftes nach Eingehung der Ehe überlässt. Die der Frau erteilte Einwilligung stellt sich als eine Generalvollmacht an die Frau dar, alle Rechtsgeschäfte, die in den Rahmen des Betriebes fallen, vorzunehmen, insbesondere die vorhandenen Waren zu verkaufen. Auch dem Manne steht nach § 1376 Ziffer 1 die Befugnis zu, über die Waren zu verfügen.[1]) Ob der Mann, wenn er verfügt, ersatzpflichtig ist, ist Tatfrage. Es könnte ja unter Umständen auch eine Schenkung an den Mann vorliegen.

Nach unserer Auffassung ist also der Kreis der verbrauchbaren Sachen, über die der Mann nach § 1376 Ziffer 1 verfügen darf, ziemlich weit ausgedehnt.

Führt der Mann das Erwerbsgeschäft der Frau mit deren Zustimmung fort, gleichviel ob er es im eigenen Namen oder im Namen der Frau betreibt, so ist er ausdrücklich zur Verwaltung berufen.[2]) Es unterliegt daher keinem Zweifel, dass dem Manne in diesen Fällen auch das sich aus § 1376 Ziffer 1 ergebende Verfügungsrecht über die zur Veräusserung bestimmten Sachen zusteht.

§ 20. 9. Das Verfügungs- und Verbrauchsrecht des Mannes bei der Errungenschaftsgemeinschaft.

Vermutung wegen nicht mehr vorhandener verbrauchbarer Sachen.

Gemäss § 1525 Absatz 2 finden bei der Errungenschaftsgemeinschaft auf das eingebrachte Gut der Frau die Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 bis 1417 Anwendung. Nun ist nach § 1520 eingebrachtes Gut, was der Frau bei Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft gehört einschliess-

[1]) Nicht über Inventarstücke, denn diese sind nicht zur Veräusserung bestimmt.

[2]) Der Mann kann kraft seines Rechtes auf Verwaltung und Nutzniessung die Überlassung eines von der Frau zur Zeit der Eheschliessung selbständig betriebenen Handelsgeschäftes nicht verlangen, und er hat nicht das Recht, das Geschäft in ihrem Namen und auf ihre Rechnung, wohl aber nach seinem alleinigen Ermessen und zu eigenem Nutzen weiterzuführen R. G.

lich der verbrauchbaren Sachen, insbesondere des baren Geldes. Dem Manne steht also auch hier in Ansehung dieser Sachen wiederum das freie Verfügungsrecht des § 1376 mit der Einschränkung des § 1377 zu, wogegen die Frau einen eventuellen Ersatzanspruch erwirbt, der — erheblich gefährdet — einen Anspruch auf Sicherheitsleistung begründet.

Für diesen Ersatzanspruch kommt der Frau die Vermutung des § 1540 sehr zu statten. Sind nämlich verbrauchbare Sachen, die zu ihrem eingebrachten Gute gehört haben, nicht mehr vorhanden, so ist es in hohem Grade wahrscheinlich, dass sie der gemeinsamen Kasse zugeflossen und zur Berichtigung von Gesamtgutsverbindlichkeiten benutzt worden sind. Der Beweis hierfür ist in der Regel schwierig. Das Gesetz hat ihn darum durch die doppelte Vermutung erleichtert, dass die nicht mehr vorhandenen verbrauchbaren Sachen in das Gesamtgut verwendet worden seien und dieses um den Wert der Sachen bereichert sei. Zur Geltendmachung des Bereicherungsanspruches ist somit nur zu beweisen, dass die verbrauchbaren Sachen zum eingebrachten Gute gehört haben und nicht mehr vorhanden sind. Abgesehen von der Auseinandersetzung kann die Vermutung auch während des Bestehens der Gemeinschaft von praktischer Bedeutung sein, für den Anspruch der Frau auf Sicherheitsleistung und für ihre Ansprüche aus § 1394.

Die Vermutung des § 1540, „die als naturgemässes Korrektiv der im § 1527 aufgestellten Vermutung gilt," greift auch zu Gunsten des Ehemannes Platz, wenn verbrauchbare Sachen, die zu dessen eingebrachtem Gute gehört haben, nicht mehr vorhanden sind.

§ 21. 10. Verbrauchbare Sachen bei der Nutzniessung des Vaters am Kindesvermögen.

Ebenso wenig wie der Ehemann erwirbt der Vater das Eigentum[1]) an den im Vermögen des Kindes befindlichen

[1]) Anders im römischen Recht, im allgemeinen Landrecht (II 2 §§ 168, 169 I 21 § 173) code civil art. 384, 587, 601; sächs. Recht § 1811.

verbrauchbaren Sachen. Gleichwohl darf auch er die verbrauchbaren Sachen des seiner Nutzniessung unterliegenden Vermögens für sich veräussern oder verbrauchen, Geld jedoch nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1653). Im Verhältnis zum Ehemann ist also der Vater insofern freier gestellt, als er auch Geld für sich verbrauchen darf, falls das Vormundschaftsgericht ihm hierzu die Genehmigung erteilt. Diese Genehmigung nachzusuchen wird der Vater, der des Geldes meist zur Fortführung seines Geschäftes im Interesse der ganzen Familie dringend bedarf, gezwungen sein. Die pflichtgemässe Anlegung des Kindesvermögens würde ihm häufig schwer fallen und seinen wirtschaftlichen Ruin herbeiführen.

Andere verbrauchbare Sachen als Geld darf der Vater stets ohne Genehmigung für sich verwenden. So darf er aus einem seinem Kinde durch Erbschaft zugefallenen Warenlager alle Bestände und ebenso die neu hinzugeschafften Stücke für sich veräussern oder verbrauchen. Gehört aber das Warenlager — wie in der Regel — zum Geschäftsvermögen eines von dem Vater im Namen des Kindes betriebenen Erwerbsgeschäftes (§ 1655), so gebührt dem Vater zwar der sich aus dem Betrieb ergebende jährliche Reingewinn, dagegen sind die zum Erwerbsgeschäft gehörenden Gegenstände seiner Nutzniessung entzogen. Der Gewalthaber darf demnach die zum Geschäftsvermögen eines Erwerbsgeschäfts des Kindes gehörenden Sachen nicht gemäss § 1653 für sich verwenden.[1])

Das Verfügungsrecht des Vaters erstreckt sich also tatsächlich auf einen verhältnismässig nur geringen Teil der verbrauchbaren Sachen, was im Interesse der Sicherheit des Kindes, das zweifelsohne eines grösseren Rechtsschutzes bedarf als die Ehefrau, durchaus gerechtfertigt erscheint.

Im übrigen wird es auch hier Tatfrage sein, ob der Vater im eigenen oder im Interesse des Kindes verfügt.

[1]) Staudinger Anm. 5 b zu § 1655 ist anderer Ansicht.

Letzterenfalles würde § 1653 keine Anwendung finden. Macht dagegen der Vater von seinem Verfügungsrechte im eigenen Interesse Gebrauch, so bestimmt sich seine Haftung nach innen und nach aussen, sowie die demnächstige Ausgleichung zwischen Vater und Kind nach den gleichen Regeln, die in dieser Hinsicht für das ehemännliche Verfügungsrecht gelten (§ 1653 Satz 2 und § 1659).

§ 22. 11. Die Verfügungsbefugnis des Pächters oder Niessbrauchers eines landwirtschaftlichen Grundstücks, wenn mit ihm das Inventar zur Wirtschaftsführung überlassen worden ist

Wird ein Grundstück samt Inventar, d. h. als Einheit verpachtet, so bleibt der Verpächter Eigentümer des Inventars mit der Verpflichtung, Inventarstücke, die infolge eines von dem Pächter nicht zu vertretenden Umstandes in Abgang kommen, z. B. die durch eine Seuche verendeten Tiere, zu ergänzen, während der Pächter nur den gewöhnlichen Abgang zu ersetzen hat. Ein Verfügungsrecht über die Inventarstücke steht dem Pächter nicht zu. (§ 586)

Übernimmt dagegen der Pächter das Inventar zum Schätzungswerte, so bleibt der Verpächter zwar auch in diesen Fällen Eigentümer des übergebenen Inventars. Dem Pächter steht nur wie sonst Gebrauch und Nutzung zu. Ausserdem aber hat er hier das Recht, über die einzelnen Stücke des Inventars zu verfügen, wenigstens innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft. Er kann sie also verbrauchen oder veräussern, „was dem Zwecke der Parteidisposition gerade entspricht.“ Bei der Beendigung des Pachtverhältnisses kann der Verpächter nicht verlangen, dass er gerade so viele und so wertvolle Stücke jeder Art zurückerhält. Der Pächter ist nur verpflichtet, das noch vorhandene Inventar, das nun von neuem abgeschätzt wird, dem Verpächter zurückzugewähren. (§ 589 Absatz 1.)[1])

[1]) Vergl. im übrigen § 589 Abs. 2 und 3, ferner die gemein-

Die dem Pächter hier eingeräumte Verfügungsbefugnis erscheint als ein billiger Ausgleich gegenüber der Regel, dass der Pächter die Gefahr des Inventars, sowohl die des zufälligen Untergangs wie die der Verschlechterung, während der Pachtzeit zu tragen hat. Der Verpächter ist nur ersatzpflichtig, wenn er es ist, der den Abgang verschuldet hat.

Die Bestimmungen der §§ 586/589 finden entsprechende Anwendung, wenn ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Niessbrauchs ist. Auch der Niessbraucher kann also über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft verfügen, muss freilich auch wiederum für die ausscheidenden Stücke und für den gewöhnlichen Abgang Ersatz schaffen § 1048. Kohler[1]) spricht hier von einem „Dispositionsniessbrauch." Da aber dem Niessbraucher über den Rahmen der ihm durch die Bestimmung des § 1048 eingeräumten Verfügungsbefugnis hinaus, eine solche mit dinglicher Wirkung nicht eingeräumt werden kann,[2]) dürfte diese Bezeichnung nicht ganz zutreffend sein.

Es ist in diesem Zusammenhang noch auf den § 1378 hinzuweisen: „Gehört (beim gesetzlichen Güterstande) zum eingebrachten Gut ein Grundstück samt Inventar, so bestimmen sich die Rechte und Pflichten des Mannes in Ansehung des Inventars nach den für den Niessbrauch geltenden Vorschriften des § 1048 Abs. 1. Der Mann darf also über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft verfügen. Abweichend vom Inhalt des § 1376 No. 1 wird dem Manne hiernach auch an den unverbrauchbaren Sachen die Verfügung eingeräumt, um ihm einen angemessenen Spielraum zu freier Entfaltung seiner verwaltenden Tätigkeit bei der Bewirt-

rechtlichen Bestimmungen über den sogenannten eisernen Viehvertrag, Heilfron, deutsch. Privatr. § 63 3b. code civil 1822, Pr. allgem. Landr. I 21 § 474—476.

[1]) Kohler, in Iherings Jahrbuch für Dogmatic Band 24 No. 4, S. 15.

[2]) Rechtsprechung 10, 69.

schaftung eines zum eingebrachten Gut gehörenden Grundstückskomplexes zu geben.[1])

§ 23. 12. Verbrauchbare Sachen im Vormundschaftsrecht.

Im Gegensatz zum elterlichen Gewalthaber steht dem Vormund über das Kindesvermögen nur die Verwaltung, nicht auch die Nutzniessung zu und es ist ihm durch § 1805[2]) verboten, weder von dem Stammwert noch von den Einkünften des Mündelvermögens etwas zu gebrauchen oder zu verbrauchen.

Verwendet der Vormund Geld des Mündels für sich, so hat er es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen. (§ 1834). Dem Mündel bleibt es weiter aber unbenommen, den durch die Verwendung entstandenen Betrag der Bereicherung und einen ihm höher erwachsenden Schaden, für den er allerdings beweispflichtig wäre, ersetzt zu verlangen, während aber, wie wir früher gesehen haben, durch die Vermengung von Geldstücken im allgemeinen unmittelbar ein Verbrauch eintritt, ist hier anzunehmen, dass eine blosse Vermengung des dem Vormunde und dem Mündel gehörigen Geldes noch keine Verwendung im Sinne von § 1834 ist. Eine Verzinsungspflicht tritt demnach erst dann ein, soweit der Vormund den Anteil des Mündels an dem vermengten Gelde tatsächlich im eigenen Nutzen verwendet hat.

Bei eigennütziger Verwendung anderer verbrauchbarer Sachen als Geld haftet der Vormund, da eine besondere Bestimmung fehlt, lediglich nach Massgabe der §§ 1833 und 249 ff., denn eine solche Verwendung von Mündel-

[1]) Vertragsweise können die Ehegatten auch die Vorschriften des § 1048, Abs. 2 (Übernahme des Inventars zum Schätzungswerte) auf das Inventar anwendbar machen. Ein Ehevertrag wird hierzu nicht erforderlich sein.

[2]) § 1805: „Der Vormund darf das Vermögen des Mündels nicht für sich verwenden".

sachen stellt sich als eine Verletzung der dem Vormund auferlegten Pflicht dar. Da nun eine Naturalrestitution mit Rücksicht auf das Wesen der verbrauchbaren Sachen nicht möglich ist, hat der Vormund das Mündel in Geld zu entschädigen, zum mindesten also den Wert der für sich verbrauchten Sachen zu ersetzen.

Natürlich richtet sich § 1805 nur gegen eine eigenmächtige Verwendung der Mündelsachen durch den Vormund; ein weitergehender Anspruch als der Anspruch auf Zinsen bezw. auf Wertersatz steht dem Mündel darum nicht zu, wenn der Vormund auf Grund eines gültigen Abkommens berechtigt ist, verbrauchbare Mündelsachen im eigenen Interesse zu verwenden.

Weiter sind die verbrauchbaren Sachen noch im § 1814 von Bedeutung. Während im allgemeinen der Vormund verpflichtet ist, die zu dem Vermögen des Mündels gehörenden Inhaberpapiere nebst den Erneuerungsscheinen zu hinterlegen, besteht eine Ausnahme von dieser Verpflichtung für diejenigen Inhaberpapiere und mit Blancoindossament versehenen Ordrepapiere, die nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen gehören. (§ 1814). Die Hinterlegungspflicht kann aber hier vom Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen, z. B. bei Misstrauen gegen den Vormund, oder bei dem Mangel einer geeigneten Aufbewahrungsgelegenheit auch auf die verbrauchbaren Wertpapiere ausgedehnt werden (§ 1818).

§ 24. 13. Verbrauch von Erbschaftsgegenständen durch den Erbschaftsbesitzer.

Wie die Erbschaft durch Vorgänge der verschiedensten Art sehr erhebliche Veränderungen erfahren kann, so unterliegt es auch keinem Zweifel, dass der Erbschaftsbesitzer verbrauchbare Sachen der Erbschaft durch Verzehren oder Veräussern für sich verwendet haben kann. Betreffs eines etwaigen Ersatzanspruchs des Erbprätendenten gegen den Erbschaftsbesitzer ist hier keine ausdrückliche Bestimmung

getroffen. Es behält daher seine Bewandtnis bei den allgemeinen Regeln.

Wenn ein Verbrauch durch Veräusserung stattgefunden hat und die vom Erbschaftsbesitzer gegen Entgelt vorgenommene Verfügung nach Massgabe der Vorschriften über den Erwerb von Nichtberechtigten wirksam ist, gelangt eine entsprechende Gegenleistung in die Erbschaftsmasse. Dieser Ersatz für die veräusserten Erbschaftssachen wird als mit Mitteln der Erbschaft erworben, kraft des auch hier geltenden dinglichen Surrogationsprinzips (§ 2019) ohne weiteres zum Bestandteil der Erbschaft. Er tritt als Surrogat an ihre Stelle. Insbesondere unterliegen auch Geld und andere verbrauchbare Sachen dieser dinglichen Surrogation. Die im Entwurf 1 enthaltene Ausnahme, dass die Vorschrift keine Anwendung finde, wenn das Rechtsgeschäft sich auf verbrauchbare Sachen, die zur Erbschaft gehören, beziehe, ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht aufgenommen worden, ebenso ist hinsichtlich der Surrogate keinerlei Ausnahme verfügt, welcher Art diese auch sein mögen.[1]) Insofern also an die Stelle des veräusserten Erbschaftsgegenstandes ein Surrogat getreten ist, liegt somit keine Unmöglichkeit der Herausgabe vor. (§ 2021).

Wenn dagegen der Erbschaftsbesitzer Sachen der Erbschaft — ursprüngliche oder surrogierte, Hauptgegenstände oder Nutzungen — verbraucht, indem er sie verzehrt oder sonstwie für seine Zwecke und in seinem Interesse verwendet, so gelangt kein Äquivalent dafür zur Erbschaft.[2]) Es kommen dann nach § 2021 für die Verpflichtung des Erbschaftsbesitzers zur Herausgabe ihrer Art und ihrem Umfange nach die Vorschriften über die Herausgabe einer

[1]) Vergl. Staudinger § 2019 Anm. 3; Planck 2019; Endemann, Erbrecht § 122 S. 549 — nur für die Forderung besteht in gewissem Sinne eine Ausnahme (§ 2019 Abs. 2).

[2]) Ist durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung Miteigentum eingetreten, so tritt das Miteigentum als Surrogat an die Stelle der verbundenen, vermischten oder verarbeiteten Sache. Eine Unmöglichkeit zur Herausgabe liegt dann nicht vor.

ungerechtfertigten Bereicherung zur Anwendung. §§ 818 und 819). Der gutgläubige Erbschaftsbesitzer haftet demnach nur insoweit, als er bei Eintritt der Rechtshängigkeit noch bereichert ist (§ 818 Absatz 3), der bösgläubige insoweit, als er zu der Zeit, wo er von dem Mangel seiner Erbberechtigung Kenntnis erlangte bezw. bei Beginn des Erbschaftsbesitzes bereichert war (§ 819), also auch für den nachträglich eingetretenen Schaden, für Verschlechterung und den Untergang von Erbschaftssachen im vollen Umfange. Der gutgläubige Erbschaftsbesitzer wird daher regelmässig nur das durch Benutzung der Erbschaftsmittel an seinem Vermögen Ersparte zu ersetzen haben. Er ist nicht mehr bereichert, wenn Geld oder andere verbrauchbare Sachen ohne dass sie zu ihrem bestimmungsgemässen Gebrauch verwendet worden sind, aus der Erbschaftsmasse ausgeschieden sind, indem der Erbschaftsbesitzer sie zerstörte, derelinquierte, oder ein anderer eine ursprünglich verhandene oder als Surrogat erhaltene Geldsumme unterschlagen hat, oder endlich, wenn eine Geldsumme oder der durch Veräusserung von Erbschaftssachen gewonnene Erlös zu besonderen Zwecken verbraucht ist, die eine Ersparung von Ausgaben auf der anderen Seite ausschliessen, wenn das Geld insbesondere zu Ausgaben verwendet worden ist, die sonst nicht gemacht worden wären. Erhebt zum Beispiel der Erbschaftsbesitzer einen nach der amtlichen Gewinnliste auf ein in der Erbschaft gefundenes Loos gefallenen Gewinn von 1000 Mark und macht für das Geld sofort eine Reise, die er sonst nicht unternommen hätte, so braucht er das Ausgegebene dem Erben nicht zurückzuerstatten.[1])

Man gelangt so zu einer sonderbar anmutenden Entscheidung. Wenn der Erbschaftsbesitzer die verbrauchbaren Sachen noch in seinem Besitz hat, so muss er sie in Natur herausgeben, für verzehrte hat er — soweit er noch bereichert ist —, den Wert zu ersetzen, während er anderer-

[1]) Enneccerus, § 68 S. 167.

seits Geld zu seinem Vergnügen ausgeben kann, ohne überhaupt ersatzpflichtig zu sein. Jegliche Verschwendung also entlastet ihn.

§ 25. 14. Verbrauch von Erbschaftsgegenständen durch den Vorerben.

Bei der Nacherbfolge ist der Möglichkeit, dass verbrauchbare Sachen seitens des Vorerben verbraucht worden sind, ausdrücklich Rechnung getragen worden.

Das dingliche Surrogationsprinzip ist durch den § 2111 auch hier zu Anwendung gebracht[1]) und auf die verbrauchbaren Sachen ausgedehnt worden, „mögen sie ursprünglich zur Erbschaft gehört haben, oder als Gegenleistung für veräusserte Erbschaftsgegenstände erworben sein.“[2])

Nach dem Entwurf 1 wurden verbrauchbare Sachen, die sich in der Erbschaft befanden, oder als Surrogat erworben wurden, infolge der entsprechenden Anwendung der für den Niessbrauch geltenden Vorschriften freies Eigentum des Vorerben. Er war daher nur verpflichtet, bei dem Eintritt der Nacherbfolge den Wert zu erstatten, und erwarb im Falle der Veräusserung die Gegenleistung für sich, nicht für die Erbschaft. Diese Besonderheit ist mit der allgemeinen Verweisung auf die Vorschriften des Niessbrauchs fortgefallen.

Wie nun durch die Bestimmungen der §§ 2111 und 2113 Abs. 2 dafür gesorgt ist, dass an die Stelle der vom Vorerben veräusserten Erbschaftsgegenstände ein entsprechender Ersatz tritt, ist im § 2134 eine analoge Anordnung hinsichtlich derjenigen Erbschaftsgegenstände getroffen, die der Vorerbe derartig für sich verwendet, dass durch die Verwendung die Herausgabe des Gegenstandes oder eines entsprechenden Surrogates unmöglich wird. Hier

[1]) Nur ist die Wirkung insofern eine etwas andere, als die nach § 2111 zur Erbschaft hinzugetretenen Gegenstände den Nacherben erst mit dem Eintritt der Nacherbfolge unmittelbar zufallen.

[2]) Planck Anm. zu § 2111.

wird Ersatz geschaffen durch die Belastung des Vorerben mit der Verpflichtung zum Wertersatz.[1])

Die vom Vorerben für sich verwendeten Gegenstände brauchen nicht notwendig verbrauchbare Sachen zu sein,[2]) doch werden Gegenstände dieser Eigenschaft in erster Linie in Frage kommen. § 2134 trifft beispielsweise auch dann zu, wenn zum Nachlass ein Sachinbegriff gehört, dessen bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung besteht, z. B. ein Warenlager, und der Vorerbe die zum geschäftlichen Kauf bereiten Sachen für seine eigene Wirtschaft in bleibender Verwendung nimmt.[3])

§ 26. 15. Verbrauch von Erbschaftsgegenständen durch den Erbschaftsverkäufer.

Auch dem Verkäufer einer Erbschaft ist durch die ausdrückliche Bestimmung des § 2375 die Verpflichtung auferlegt, den Wert für die von ihm vor dem Verkauf der Erbschaft verbrauchten Erbschaftsgegenstände Ersatz zu leisten.[4]) Diese Vorschrift erscheint als Ausfluss des in dem § 2374 angegebenen Grundsatzes, dass die „Erbschaft" den Gegenstand des Erbschaftskaufes bildet. Es ist darum dort, wo die durch die Billigkeit erforderliche Ausgleichung nicht durch die Surrogation erfolgen kann, dem Käufer alles zu verschaffen, was er haben würde, wenn er selbst und nicht der Verkäufer Erbe geworden wäre. Hier genügt die Tatsache des Verbrauchs. Ob im Falle des Verbrauchs der Verkäufer durch Ersparung einer

---

[1]) § 2134: „Hat der Vorerbe einen Erbschaftsgegenstand für sich verwendet, so ist er nach dem Eintritt der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber zum Ersatz des Wertes verpflichtet. Eine weitergehende Haftung wegen Verschuldens bleibt unberührt."

[2]) Anders im § 1377 Ziffer 1.

[3]) Die Ausnahme von der Hinterlegungspflicht bezüglich der „verbrauchbaren" Wertpapiere gilt gemäss § 2116 S. 2 auch zugunsten der Vorerben.

[4]) Im Falle der Schenkung greift § 2375 nicht Platz (2385 Abs. 2).

aus dem eigenen Vermögen zu machenden Aufwendung bereichert ist, bleibt unerheblich.

Ein Verbrauch im Sinne dieser Vorschrift liegt abgesehen von den bereits oben erwähnten Verbrauchsarten insbesondere auch dann vor, wenn der Verkäufer Erbschaftsgeld zu eigenen Zwecken benutzt, indem er z. B. seine Schulden bezahlt, oder eine zur Erbschaft gehörende Forderung gegen eine ihm persönlich angehende Forderung aufgerechnet hat.[1]) Ob die Aufrechnung in einem Falle der letzteren Art durch den Erbschaftsschuldner erfolgt sei, meint Planck,[2]) mache keinen Unterschied, weil der Verbrauch zum Vorteile des Verkäufers erfolgt sei, während er sich andererseits wohl bewusst bleibt, dass § 2375 seinem Wortlaute nach für diesen Fall nicht zutrifft, weil der Verbrauch der Erbschaftsforderung hier nicht durch den Erbschaftskäufer stattgefunden hat.[2]) Die Ersatzpflicht tritt jedoch nicht ein, wenn der Käufer den Verbrauch beim Abschluss des Vertrages kennt, da in diesem Falle anzunehmen ist, dass der Kaufpreis unter Berücksichtigung der verbrauchten Sachen bemessen worden ist.[3])

§ 27. 16) Wertberechnung von verschenkten verbrauchbaren Sachen zur Ergänzung des Pflichtteils.

Der § 2325 gewährt dem Pflichtteilsberechtigten Schutz gegen Schenkungen des Erblassers, welche innerhalb zehn Jahren vor dem Erbfall zu Gunsten eines Dritten, d. h. eines anderen als des Erben oder Pflichtteilsberechtigten erfolgt sind, ohne Rücksicht auf ihre Grösse und darauf, ob die Schenkung in der Absicht, den Pflichtteilsberechtigten zu

---

[1]) Im umgekehrten Falle könnte der Verkäufer nach § 2381 Ersatz von dem Käufer verlangen.

[2]) Planck Anm. zu § 2375; Staudinger Anm. 2a zu § 2375.

[3]) Kennen müssen steht dem Kennen nicht gleich. Im übrigen ist es gleichgültig, woher der Käufer die Kenntnis hat. Eine Anzeige ist nicht erforderlich.

benachteiligen, oder ob ohne diese Absicht gemacht worden ist. Er kann als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich sein Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlasse hinzugerechnet wird.

Natürlich können auch Geld oder andere für Beihülfe überlassene verbrauchbare Naturalien den Gegenstand der Schenkung gebildet haben. Hat beispielsweise der Erblasser aus dem von ihm betriebenen Warenlager zu seinen Lebzeiten Waren verschenkt, so sind diese gleichfalls ihrem Werte nach in Ansatz zu bringen, es sei denn, dass durch die Zuwendungen einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen worden ist (§ 2330). Zur Erleichterung der Berechnung ist nun im Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass solche Sachen mit dem Werte in Ansatz kommen, den sie zur Zeit der Schenkung hatten, auch wenn sie inzwischen aufgebraucht, untergegangen oder völlig entwertet sind, einerlei, ob durch Schuld des Beschenkten oder durch Zufall.[1]) Zweifelhaft ist, ob beim Schenkungsversprechen unter der „Zeit der Schenkung" die Zeit des Versprechens oder die Zeit der Leistung zu verstehen ist. Meines Erachtens ist der Zeitpunkt der Erfüllung der Wertberechnung zu Grunde zu legen. Durch den Wortlaut des § 2325 Absatz 3 „Zeit der Leistung" gibt das Gesetz selbst eine Erläuterung dafür, was unter der Zeit der Schenkung zu verstehen ist. Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb die aufgeworfene Frage hier anders entschieden werden soll, als im § 2315, wo der Wert von Zuwendungen, welche unter Lebenden auf den Pflichtteil gemacht worden sind, sich nach der Zeit bestimmen, zu welcher die Zuwendung erfolgt ist. Mit Recht weist ferner Strohal auf den Fall hin, wo eine verbrauchbare species, deren Leistung schenkweise versprochen wurde, vor der Fälligkeit der Leistung dem Schenker durch Zufall untergeht oder verschlechtert wird.[2]) Wenn also ein Schenkungs-

[1]) Kuhlenbeck Bem. 5 zu § 2325.

[2]) Motive 5 S. 457. Zustimmend ferner Endemann, § 133 Anm. 18;

versprechen aus früherer Zeit in den letzten zehn Jahren erfüllt wird, ist die Schenkung dem Nachlass hinzuzurechnen.

C. Schluss.

Auch im öffentlichen Recht ist der Begriff der Verbrauchbarkeit von praktischer Bedeutung. So sind zum Beispiel nach dem preussischen Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895 diejenigen Sachen, „die zum unmittelbaren Gebrauch in einem Gewerbe bestimmt sind“ befreit. [1])

Enneccerus 5 S. 363; Dernburg Anm. zu § 2325. Neuerdings auch Strohal I § 58 S. 508. Anderer Meinung Planck Bemerkung 3 a zu § 2323; Staudinger, Erläuterungen zu § 2325.

[1]) Das Gesetz verwendet den Ausdruck „verbrauchbare Sachen“ nicht.